

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Paradigma dogmático y evolución científica en el saber
jurídico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Enrique Zuleta Puceiro

DIRECTOR:

Antonio Hernández Gil

Madrid, 2015

Rd. 54.493

TE
315

PARADIGMA DOGMATICO Y EVOLUCION
CIENTIFICA EN EL SABER JURIDICO

Tesis Doctoral

Por

ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

Director de la Investigación
Prof. D. Antonio Hernández Gil

Madrid
1980



BIBLIOTECA
DE DERECHO

FE DE ERRATAS

TEXTO

<u>Página</u>	<u>Línea</u>	<u>Dice</u>	<u>Debe decir</u>
2	17a.	consumida	consumada
3	12a.	aquellos	aquéello
Las págs. 54 y 55 deben intercambiarse en sus posiciones respectivas			
66	22a.	valo	vale
89	25a.	mercado	marco
97	29a.	discrección	descripción
146	4a.	proconstituida	preconstituida
158	9a.	ambos ordenado res	ambos principios ordenadores
268	17a.	nacionalidad	racionalidad
294	28a.	que la especi- ficación	que la especifi- ca
314	14a.	de la verdad - de la hermenéu- tica	de la verdad, - la hermenéutica
332	3a.	antecede	concede
410	11a.	entidades	entendidas
429	8a.	la separación- es	las separaciones
488	11a.	crítica forma- lista	crítica antiforma- malista

BIBLIOGRAFIA

Por defectos de composición corresponden las siguientes especificaciones:

HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: El estatuto científico de la Construcción Jurídica en Ihering, en SQUELLA (ed.) Ihering y la lucha por el derecho, cit; La noción de sistema de Savigny, en SQUELLA (ed.) Savigny y la ciencia del derecho, cit.

HERNANDEZ GIL, A: Metodología de la ciencia del derecho. Madrid, 1971-73 3 vols; Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid, 1976

ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, en AFD, XIX (1976-77); Savigny y la teoría moderna de la interpretación, ACFS, - 18-19 (1978-79)

INDICE

	<u>Pág.</u>
PROLOGO	I
INTRODUCCION	1
CAPITULO I: <u>LA CONFIGURACION DEL PARA-</u> <u>DIGMA DOGMATICO</u>	19
1. La dogmática jurídica como concepto histórico	19
2. Los presupuestos episte- mológicos	34
3. Dogmática y positivismo jurídico	51
4. Racionalidad y construc- ción	68
5. Posición del problema hermenéutico	81
<u>Notas</u>	92
CAPITULO II: <u>LA MATRIZ HISTORICISTA</u>	101
1. Marco histórico y cul- tural de la Escuela His- tórica	101

CAPITULO II (cont.)	<u>Pág.</u>
2. Ciencia y método	112
3. Historia y política	120
4. Concepto y sistema	137
5. Construcción e interpretación	145
<u>Notas</u>	159
CAPITULO III: <u>LA CONSOLIDACION DEL POSITIVISMO</u>	166
1. Los componentes del espíritu positivo	166
2. Teoría de la ciencia jurídica	179
3. Teoría de la construcción científica	203
<u>Notas</u>	230
CAPITULO IV: <u>LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DISPONIBLE</u>	238
1. Las estructuras latentes	238
2. Las continuidades explícitas	245
3. Axiomas y teoremas de base	253

CAPITULO IV (Cont.)	<u>Pág.</u>
4. El problema de la sistematización	271
5. El problema de la inducción	290
<u>Notas</u>	302
CAPITULO V: <u>LAS CONDICIONES DE LA VERDAD CIENTIFICA</u>	309
1. Del contrato científico originario	309
2. Sintomatología de la verdad	319
3. El principio de certeza	332
4. El principio de objetividad	347
<u>Notas</u>	369
CAPITULO VI: <u>TEORIA JURIDICA Y DECISION</u>	375
1. Teoría, praxis y decisión	375
2. El esquema de la Teoría Pura	384
3. Irracionalismo y política jurídica	405

CAPITULO VI: (Cont.)	<u>Pág.</u>
4. Ortodoxia jurídica y compromiso del jurista	415
5. Sobre la crisis de las presuposiciones implí- citas	429
<u>Notas</u>	442
EPILOGO:	
<u>PERSPECTIVAS DE LA RAZON PRACTICA</u>	451
1. Eclipse de la razón	451
2. La tradición fundamen- tal	463
3. Tradición e innovación	477
<u>Notas</u>	484
CONCLUSIONES	487
BIBLIOGRAFIA	

PROLOGO

Una inquietud renovada por el problema del sentido último de la realidad constituye, acaso, - el dato central de la condición post moderna del saber científico. La ciencia jurídica, constituida como tal a partir del programa metodológico del positivismo, no parece ajena ya a los debates que hace décadas sacudieron la hegemonía del cientificismo en las demás ciencias humanas, haciendo posible el proceso de su maduración definitiva. El retorno a lo real, la búsqueda de una reinstalación del sujeto en el centro de la problemática jurídica y la recuperación de la dimensión práctica del saber, son aspectos centrales de una actitud innovadora que pugna por superar la al parecer inmovible resistencia al cambio que caracteriza a las disciplinas jurídicas particulares.

Se impone, por ello, la consideración del concepto complejo, a veces altisonante y siempre-engañoso de "crisis", referido esta vez a los instrumentos metodológicos de la teoría jurídica disponible. Parece posible así coincidir con el juicio de P. Chaunu al caracterizar el saber histórico en la actualidad: "las ciencias humanas actuales son aptas para comprender estructuras; al ritmo presente de las transformaciones en curso, acumulan materiales y ordenan la elaboración de -

II.

nuevas series estadísticas. Pero carecen de una problemática adecuada de la crisis". A ello contribuyen, tal vez, no solamente razones accidentales, relativas a la estructura social de ciencia, sino sobre todo su propia condición fundamental en la modernidad.

La ciencia moderna se constituye a partir de la incorporación de una concepción vectorial - del tiempo -herencia de la idea judeo-cristiana de la historia-, para la que el progreso en el conocimiento adquiere el aspecto de una línea progresiva, lineal y no repetitiva. Esta experiencia primordial acerca del sentido del tiempo marca la cancelación de las repeticiones y los ciclos, a la vez que condiciona la inclinación unilateralmente estructural del método científico. En el caso del -saber jurídico, el paradigma científico de la dogmática desafía, con su resistencia sorprendente a la innovación, cualquier intento de explicación -simplista de los mecanismos que rigen la evolución de métodos y teorías. Al cabo de casi un siglo de críticas radicales a la teoría disponible, hablar de su "crisis" parece un tópico de dudoso valor -descriptivo, aunque difícilmente soslayable por -el análisis.

La presente investigación nace, pues, de -una insatisfacción profunda respecto a la herencia teórica del positivismo en el ámbito del derecho -

III.

privado. Se inspira, asimismo, en la convicción - de que todo intento de renovación de lo recibido - debe pasar, necesariamente, por la integración de perspectivas disciplinarias diversas, muchas de - las cuales han probado ya su validez y eficacia en otros campos del saber. Su ámbito propio es el de la epistemología, hoy por hoy difícilmente escindible del de la sociología de la ciencia. Esta última, hasta no hace mucho anclada en los prejuicios cronolátricos del estructural-funcionalismo, parece hoy recuperar la evidencia de los ciclos y la experiencia de la crisis como motor del desenvolvimiento de la ciencia. El impacto profundo de la teoría de las revoluciones científicas en los ambientes académicos tributarios aún del positivismo, se explica en gran parte por el hecho de que las tesis de Kuhn tienden a proponer una explicación de los procesos de desarrollo científico en su aspecto dinámico. La idea de que la ciencia poco o nada tiene que ver con la imagen de la caja negra con inputs y outputs, los conceptos de matriz disciplinal, paradigma de ciencia normal, comunidad científica o presuposiciones implícitas de la teoría, - ofrecen puntos de partida sugestivos para una crítica a la teoría hegemónica, que sea capaz de evitar los excesos del logicismo o el irracionalismo, entre los que la misma parece oscilar de modo permanente.

El terreno de trabajo escogido es el del -

IV.

derecho civil, y ello por varias razones que quedarán de manifiesto a lo largo del texto. La ciencia jurídica del positivismo es inseparable de los presupuestos fundamentales de la cultura liberal del siglo XIX. No puede, por tanto, ser analizada al margen de la experiencia de la codificación y del designio correlativo de la ciencia de ofrecer una instancia unitaria, neutral y no comprometida de definición de una sociedad nueva. En tal sentido, el derecho civil adquiere un rango decididamente "constitucional", que justifica la primacía del método de la dogmática privatista dentro del conjunto de las disciplinas jurídicas. Hoy, en una época de acelerada decodificación, signada por fenómenos como la explosión de las legislaciones especiales y la quiebra de la idea de sistema, los códigos parecen perder sus funciones tradicionales para recuperar la fisonomía de un verdadero derecho común, cuya máxima generalidad y abstracción opera como marco de referencia para las funciones cada vez más politizadas de la legislación especial y la realización judicial del derecho. Vuelve, por tanto, al primer plano del interés de los estudiosos el problema de las condiciones, estructura y alcances del saber dogmático acerca del derecho y, particularmente, la necesidad de dar cuenta de la lógica profunda que preside su desarrollo evolutivo.

El camino elegido ha sido doble. En primer

lugar se ha intentado una confrontación directa - con la tradición científica de la dogmática, que abarca desde su momento fundacional -materia de los capítulos II y III, dedicados a Savigny y - Ihering respectivamente- hasta sus manifestaciones más radicales en el presente siglo -esbozadas a lo largo del cap. VI., centrado fundamentalmente en - la consideración del pensamiento de Kelsen, Ross - y su eco en el irracionalismo jurídico contemporáneo-. Es esta una lectura en la que texto y contexto se suponen mutuamente, intentando esclarecer lo que una consideración ya sea puramente biográfica, exegética o técnica, presenta hasta el momento de un modo confuso y poco discriminado. Savigny,- Ihering o Kelsen son aún figuras hasta cierto punto desconocidas. Ello es debido, en parte, a la - incapacidad de la mayoría de los estudios disponibles para asimilar de modo pleno el hecho de la naturaleza histórica y social de las elaboraciones - de la ciencia. Con alguna excepción notable, los manuales usuales hablan de un Savigny romántico, - un Ihering antiformalista o un Kelsen racionalista. Las páginas que siguen proponen, en cambio, una visión de conjunto del proceso de gestación del paradigma dogmático, en la que dichas figuras difuminan sus aristas, debido sobre todo a la propia complejidad y carácter evolutivo de sus posiciones - respectivas. Desde este punto de vista, no sorprenderá la visión de un Savigny clasicista, de un Ihering formalista o de un Kelsen irracionalista.

VI.

Poco sensible al atractivo seductor de las paradojas, he preferido fundar en los textos la validez de mis afirmaciones.

Una segunda perspectiva se dirige, en cambio, al análisis interno de la teoría disponible, objetivo éste que al cabo de la tarea propuesta - no puedo juzgar completamente logrado, aunque sí razonablemente planteado. Con ocasión de la discusión de algunos esbozos preliminares, algunos - colegas han criticado mi supuesto intento de englobar abusivamente planteamiento pertenecientes a - autores irreconciliablemente diversos. La objeción debe ser atendida, reiterando que estas páginas tienen por objeto central la consideración de una determinada tradición de discurso: la que, - abierta con la crítica historicista al Iluminismo, encara la articulación del saber jurídico de acuerdo con el modelo de las ciencias naturales, tarea cumplida a través de la consolidación de la dogmática positivista como paradigma de ciencia normal. No importa, pues, tanto la unanimidad de las respuestas, como la comunidad en los planteamientos - e interrogantes a que las diversas expresiones del positivismo intentan responder. Lo que define a - una comunidad científica como tal no es la uniformidad de los resultados o la armonía de las posiciones sostenidas, sino el acuerdo básico en la delimitación - a través del paradigma profesado - de - lo que puede y no puede tenerse por legítimo y per

VII.

tinente en el trabajo científico. La ciencia moderna es, esencialmente, saber-para-poder, y las condiciones para el reconocimiento social del poder de la ciencia, conforman una suerte de contrato originario, cuyas cláusulas definen las condiciones de la verdad, los criterios de verificación y falsabilidad y la propia estructura de la teoría. Es en este punto donde parece justificada la selección de testimonios en que se fundan los análisis que siguen.

Una última precisión puede contribuir a obviar el natural reparo de quienes esperen un tratamiento integral de la versión dogmática del método iusprivatista. El enfoque propuesto reconoce su eje central en el intento de identificar la posición del problema hermenéutico en la teoría disponible. Ello otorga sentido no solamente al Epílogo de esta investigación, sino también a toda su arquitectura interna y, particularmente, al índice de cuestiones consideradas, a la selección de autores y a los criterios utilizados para su consideración. El programa metodológico del positivismo cobra su significado más profundo en la consecución del ideal de una ciencia rigurosa y "objetiva", - formalmente desentendida de todo compromiso estimativo y capaz, por tanto, de garantizar a la razón un ámbito incontaminado y autónomo. El propósito de estas páginas no ha sido otro que el de analizar la lógica interna que preside tanto la -

VIII.

frustración de dicho designio como la apertura de un ciclo caracterizado por la irrupción al parecer incontenible del decisionismo y la ideología. En tal sentido, este ensayo debe ser visto como una - toma de partido en favor de la razón. Su tesis - de fondo se refiere a la posibilidad de concebir - a la ciencia jurídica como una forma auténtica de saber objetivo, racional y transmisible, aunque no absoluto, exhaustivo ni incontrovertible. Ello só lo parece posible desde una apertura constitucional de la ciencia hacia la filosofía y, particularmente, hacia una concepción amplia de la racionalidad, capaz de asumir la fiabilidad racional del discurso práctico, en línea de continuidad con la tradición científica más sólida y consistente del saber jurídico occidental.

Este prólogo no podría cerrarse sin un reco nocimiento hacia quienes debo particular inspiración y apoyo. En primer lugar, hacia el recuerdo entrañable de Luis Legaz y Lacambra, cuya amistad, ejemplo y guía determinaron desde un principio mis investigaciones en filosofía del derecho. La deuda con Antonio Hernández Gil es grande y profunda: sin su generoso patrocinio a mis cursos en el ciclo de doctorado en la Universidad Complutense a - partir de 1975, estas páginas no habrían sido escritas; todas y cada una de las preguntas a que intento responder reconocen su inspiración direc-

IX.

ta o indirecta aunque en todos los casos asumo la responsabilidad plena de lo dicho. A Juan Vallet de Goytisolo debo valiosas sugerencias y la enseñanza magistral de todo aquello que otorga sentido al quehacer de la ciencia; Antonio Hernández Gil-A.-Cienfuegos, leyó, discutió y alentó prácticamente todo el trabajo; mi reconocimiento para con él se extiende además a seis años de intenso y fructífero trabajo en común y no podría ser resumido en estas líneas. Wilhelm Hennis y Rodrigo Fernández Carvajal me sugirieron, hace más de diez años en conversaciones en Mendoza, retomadas luego en Freiburg, Madrid o La Rábida la importancia esencial para el saber jurídico de una rehabilitación de la tradición de la filosofía práctica; Aulis Aarnio, Alexander Peczenik, Robert Alexy y Werner Krawietz proporcionaron, en largas conversaciones en Helsinki, ideas de gran importancia para los caps. I, IV y VI; Agustín Squella publicó, con la benevolencia y generosidad en él características, algunos esbozos preliminares sobre este tema, posibilitando así una amplia discusión epistolar con una larga lista de colegas que creo imposible transcribir aquí; Bernardino Montejano(h) me brindó en varias oportunidades su cátedra de filosofía jurídica en la Universidad de Buenos Aires, dando así ocasión a la discusión de algunas de las ideas que hoy cobran forma definitiva; los alumnos de mi curso de doctorado en la Universidad Complutense y de mi Seminario de Filosofía Políti-

X.

ca en la Fundación Universitaria Española constituyeron para mí una exigencia permanente de claridad y profundización; finalmente, mis padres, Emilia y Enrique no sólo contribuyeron con una crítica - profunda y matizada, desde la teoría literaria y la historia de las ideas políticas sino, sobre todo, con el ejemplo permanente de una insobornable - libertad intelectual.

INTRODUCCION

El anuncio de que el modelo de ciencia jurídica acuñado por el positivismo en el curso del último siglo atraviesa por una situación de crisis radical, difícilmente será aceptado por los partidarios de la "ciencia satisfecha". Estos se encuentran no solamente entre los cultivadores de las disciplinas particulares, donde la vigencia del paradigma científico heredado permanece incólume a pesar de más de ochenta años de "rebelión antiformalista" sino, sobre todo, en los ámbitos científicos tributarios aún de los axiomas y teoremas que, desde el positivismo naturalista del siglo XIX hasta el positivismo lógico renaciente en la actualidad, conforman el medio ambiente intelectual de la teoría jurídica disponible.

En este sentido, parece pertinente recordar, con el Husserl de sus últimos escritos, que la crisis de una ciencia no significa otra cosa que el hecho de que la científicidad auténtica -más aún, la forma en que la misma define sus tareas y elabora sus métodos- se han convertido en dudosos. No, ciertamente, porque quepa cuestionar el rigor y cienti-

ficidad de las disciplinas positivas, ni el valor de sus prestaciones y resultados sino porque, de considerar el problema de la crisis general de la cultura y del papel que dentro de la misma quepa imputar a la ciencia, aparecen motivos más que suficientes para someter la cientificidad de todas las ciencias a una crítica seria y necesaria de sus supuestos básicos (1). Desde esta perspectiva, la meditación deberá centrarse no tanto en una evaluación de los resultados de la tarea científica desde el punto de vista de las exigencias de un ideal de progreso indefinido, sino desde una estimación de aquellas cuestiones que se refieren al sentido -o a la ausencia de sentido- de la existencia humana.

El eclipse del sujeto y la eliminación de los problemas e interrogantes relativos a la dimensión humana de la vida social consumida por la filosofía moderna ha tenido una importancia que trasciende ampliamente el plano metodológico. Como señala O. Hoffe, la división de la filosofía práctica llevada a cabo al comienzo de la época moderna, entre una ciencia exacta de la racionalidad política y una teoría de la moral ajustada al cánón de las ciencias exactas, significa algo más que una división del trabajo capaz de asegurar una especialización tanto temática como metódica, que puede contribuir a una mayor claridad. Dicha división ha concluido con la creación de una filosofía moral políticamente neutralizada -y, en tal sentido, políticamente irrelevante-. Al mismo tiempo, una política éticamente neutralizada es

latentemente irracional y dependiente de prejuicios (2).

La crisis de la ciencia es, por ello, una crisis de identidad, y se refiere a la posibilidad de fundamentar, de un modo que sea a la vez riguroso y efectivo, la legitimidad del saber acerca de la sociedad. El dilema central de las ciencias sociales puede ser sintetizado en los términos propuestos por J. Habermas : "¿Cómo es posible el conocimiento del contexto de la vida social en relación con el obrar político? ¿Cómo y en qué medida puede ser aclarado científicamente, en una situación política dada, aquellos que es prácticamente necesario y objetivamente posible? ¿Cómo puede ser realizada la promesa de la política clásica de orientar prácticamente sobre aquello que en justicia se debe hacer en una situación dada, sin renunciar, por otra parte, al rigor científico del conocimiento que la moderna filosofía social reivindica para sí, en contraste con la filosofía social práctica de los clásicos ? Y viceversa, ¿cómo puede realizarse la promesa de la filosofía social de un análisis teórico del contexto de la vida social, sin renunciar, por otra parte, a la actitud práctica de la política clásica ? (3)

Articulada de modo autónomo y autoconsciente a partir del historicismo, la ciencia del derecho ha llegado hasta nuestros días intacta en sus objetivos y en sus métodos. Podrá discutirse el hecho de si configura o no un bloque de pensamiento único y monolítico; lo que es innegable es que sus dilemas, perplejidades, problemas no resueltos y cami-

nos sin salida sí son comunes. Y si ello es así es porque su agenda de cuestiones sin respuesta depende, en el fondo, de una serie de presuposiciones tá citas que deben ser analizadas y cuestionadas en sus raíces más profundas.

En momentos en que la filosofía del derecho, censora tradicional de los excesos de la razón científica, parece ceder a la sociología o a las ideologías su papel de saber fundamentador y crítico resulta lógico que los juristas prefieran inclinarse hacia la seguridad de la concepción recibida. Esta reafirma y legitima la realidad de un saber reducido, aislado e impermeable a las cuestiones últimas. De la ciencia jurídica actual cabría decir, con justicia, lo que Leo Strauss observaba irónicamente al encontrarse con la ciencia política "empírica" cultivada en los ambientes conductistas americanos : "Está tocando la lira mientras Roma arde". Existen, sin embargo, dos circunstancias atenuantes : no sabe que está tocando la lira y no sabe que Roma arde. (4)

No por ello habrá de caerse, sin embargo, en la tentación de afirmar, sin más, la crisis de la dogmática. De no otorgarse a esta expresión el carácter de una interrogación, se caería seguramente en el tópico actual que atribuye una situación crítica a todo saber recibido. No parece, sin embargo, que los severos ataques experimentados por la dogmá

tica ya desde su nacimiento en el seno del historicismo y el positivismo naturalista, hayan afectado su posición de primacía en el orden metodológico. Sus insuficiencias, perplejidades, inconsecuencias y carencias han sido denunciadas una y otra vez, desde las posiciones teóricas más variadas. Basta, sin embargo, con analizar las propuestas alternativas para concluir en la evidencia de su esterilidad en el terreno de las aplicaciones efectivas. Derrotada en el orden de las ideas generales, la dogmática conserva aún la fuerza seductora de su modelo científico, y el dogmatismo de los dogmáticos torna al menos discutible el juicio acerca de su crisis.

Las razones del fenómeno apuntado abren un campo de hondo interés para la sociología de la ciencia. Por el momento, importa observar que la primacía de la dogmática dista de ser un dato indiscutible. La crítica crece, y a la vez que profundiza en toda una tradición de cuestionamientos, abre perspectivas originales y fructíferas. Para una primera observación parece que, al menos desde las corrientes revisoras más elaboradas y científicamente conscientes, la crítica a la dogmática tradicional no transita ya los caminos de perspectivas "externas" como las de la naturaleza de las cosas, el sentido común, el derecho natural, o siquiera la "justicia popular". La crítica parece apuntar en dos sentidos igualmente esenciales. Por un lado, se denuncia la no suficiente fecundidad de los métodos y procedi-

mientos científicos de la dogmática; su incapacidad para abordar una visión integral de la experiencia jurídica; la falta de una adecuada percepción de las relaciones entre juristas y derecho y, en general, su insensibilidad frente a exigencias éticas y políticas que se imponen al científico al margen de cualquier intento de asepsia metódica. Por otro lado, la actitud antidogmática se orienta ya inclusive hacia una denuncia de la no rigurosa logicidad y científicidad de los procedimientos tradicionales; hacia la puesta de manifiesto de la debilidad intrínseca de sus modelos científicos y hacia la denuncia de los condicionamientos ideológicos y políticos operantes en la base del paradigma científico de la dogmática.

Desde las nuevas perspectivas, se tiende a postular la necesidad de una incorporación de las renovaciones metodológicas acaecidas en el resto de las ciencias humanas a lo largo de este siglo. Se propugna así un nuevo modelo de ciencia jurídica, orientado por igual a los requerimientos de un saber epistemológicamente cada vez más riguroso y a las exigencias externas, provenientes de la función del derecho en el contexto social. Esta doble orientación, sistemática y funcional al mismo tiempo, es algo que la ciencia jurídica del positivismo porta consigo desde sus orígenes en el seno de la Escuela Histórica, y que aparece ya, por ejemplo, en las dicotomías establecidas por Savigny entre lo "político" y lo "técnico", lo "histórico" y lo "sistemático" y "lo vario sucesivo" y "lo vario simultáneo".

Desde esta perspectiva, la ciencia jurídica se concibe a sí mismo como posible únicamente a condición de fijar su campo con referencia exclusiva a la dimensión formal -es decir, universal, general y permanente- del derecho, reservando el tratamiento de los aspectos materiales -esto es, individuales, contingentes e históricos- a disciplinas particulares como la historia, la sociología, la psicología o la economía.

Este modelo de ciencia, que reconoce a Savigny, Ihering y la pandectística alemana como puntos cruciales en su proceso de configuración, ha sido hasta el momento lo suficientemente resistente como para rechazar sin fisuras los avances del revisionismo antiformalista. Si se piensa en la importancia intelectual indudable de movimientos como la escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses, el legal realism, la jurisprudencia valorativa, el culturalismo, la teoría de la argumentación o la tópicica, la pertinencia de esta afirmación resulta indiscutible. El hecho mismo de que la filosofía del derecho académica renuncie hoy a sus quehaceres propios, abrazando deliberada y conscientemente ya sea la causa de las ideologías, ya sea la de las investigaciones multidisciplinarias o el ideal de un saber "aluvional" compuesto por saberes autónomos e inconexos, es un índice elocuente de lo dicho.

Es precisamente en función de estas evidencias que una opinión bastante generalizada tiende a

afirmar que esta supervivencia en el tiempo de los mo
delos científicos de la dogmática es la prueba más
consistente de que todo intento de renovación del sa
ber establecido debe pasar necesariamente por un re
conocimiento respetuoso de la validez del paradigma
científico de la dogmática. Tal parecería ser, aun
que no de un modo unánime, la propuesta hacia la que
se orientan las tendencias iusfilosóficas inspiradas
en la filosofía analítica, el estructuralismo o las
elaboraciones actuales de la lógica formal.

La posición expuesta no carece, por cierto,
de argumentos a su favor. En primer lugar, cabe te
ner en cuenta que la historia de una disciplina cien
tífica dista bastante de presentar el aspecto de una
cadena de capítulos revolucionarios dialécticamente
interrelacionados. El ámbito de la ciencia jurídi
ca es particularmente refractario a esta imagen que
ha cobrado cierta fortuna en otros campos científ
cos. El saber jurídico es por naturaleza un saber
"de autoridad" que progresa mediante profundizacio
nes sucesivas, que responden más bien a la idea grá
fica de los círculos concéntricos, en los que el es
píritu va acumulando centrípetamente elementos con
clusivos permanentes, al tiempo que descarta centrí
fugamente hipótesis y materiales probatorios de va
lor meramente provisorio y accidental. Una ciencia
es, ante todo, una tradición de problemas, que se
ven reiteradamente planteados a través de la histo
ria, en función de incitaciones y contextos cultura
les concretos y cambiantes. Las respuestas de la

ciencia cobran así la contextura de meras hipótesis cuyo alcance no puede ser sino relativo, criticable y modificable.

Si esto es así, la ciencia del derecho no puede menos que rechazar la idea de un salto en el vacío, en el que nuevas teorías aspirarían a una sustitución radical de los modelos predominantes, al margen de toda tradición científica. Pero son estas mismas razones las que a su vez revierten contra la primacía de la dogmática. La idea misma de la relatividad del alcance de las teorías científicas torna insostenible todo intento de formular un sistema concluyente, pretendidamente exhaustivo y definitivo. Esto viene a afectar a la dogmática en su propia raíz, ya que -como recuerda Hernández Gil, citando a Diemer- "una dogmática surge cuando se absolutiza una teoría especial" (5). La ciencia es ajena a todo planteamiento radical. Estos resultan legítimos en su terreno propio, que es el de la filosofía, y asaltan al científico a poco que profundice en los problemas verdaderamente importantes y centrales de su disciplina respectiva.

En este mismo orden de ideas, la historia de las ciencias demuestra que el hecho de la persistencia en el tiempo de una teoría determinada dice muy poco acerca de su validez intrínseca, ya que una comunidad científica jamás declara la invalidez de una teoría particular que ha venido siendo utilizada

como paradigma de ciencia normal, sin antes contar con un paradigma sustitutivo plenamente conformado y apto para operar. De hecho, es frecuente la existencia de prácticas científicas opuestas al paradigma vigente de ciencia normal, bien sea porque aquéllas preceden en el tiempo a la sustitución de éste último, bien sea porque le sobreviven una vez que acontece el cambio de paradigma. De un modo general, puede afirmarse que la decisión de rechazar la validez de un paradigma de ciencia normal es, simultáneamente, la de adoptar otro en sustitución (6).

Trasladando las consideraciones precedentes al ámbito de la ciencia jurídica, es posible formular la siguiente hipótesis de trabajo : nacida como expresión del positivismo científico en el terreno del derecho, la dogmática se estructura como paradigma de ciencia normal una vez que se consuman una serie de subprocesos de orden filosófico, científico y cultural, relativos a la idea moderna de la ciencia. Dicho tránsito se opera con la revolución espiritual que trae consigo el historicismo y su visión del hombre y la vida social, y ofrece una fisonomía definitiva en la obra del "primer" Ihering y en la pandectística alemana. Esta configuración de la dogmática como paradigma de ciencia normal no es, pues, un resultado casual en la historia de las ideas jurídicas, sino el punto de confluencia de una vasta constelación de problemas científicos.

No puede dejarse de lado, sin embargo, el hecho evidente de que el movimiento de crítica a la dogmática reconoce asimismo causas referibles menos a un estado de maduración interna o de perfeccionamiento de enfoques y métodos, que a circunstancias externas, propias del entorno social, económico y cultural, para las cuales el paradigma heredado carece de respuesta suficiente. Recientemente, L. Díez Picazo, recorriendo aspectos de actualidad de la vida jurídica tales como el delito-masa, la standardización de la materia contractual, las transformaciones de la propiedad, los títulos en masa, la inabarcabilidad del ordenamiento jurídico o el impacto en el derecho de la ciencia y la tecnología, ha advertido acerca de la crisis del derecho codificado, montado sobre las ya ideales coordenadas de la igualdad, seguridad y certidumbre (7). Las disciplinas jurídicas particulares carecen prácticamente de capacidad de respuesta a las exigencias de lo que desde hace ya más de tres cuartos de siglo continúa llamándose "derecho nuevo". Teórica y metodológicamente indigentes, su avance se ve determinado más bien por la propia naturaleza de las cosas y por la función natural del saber en la sociedad.

El impacto del "nuevo derecho" se ha hecho sentir en el ámbito de la filosofía y la teoría general del derecho, determinando un auge de la preocupación por los problemas epistemológicos y metodológicos del saber jurídico. Los movimientos de revisión parecen encauzarse u ordenarse en torno a

dos grande ejes temáticos. Por un lado, la conciencia de una indispensable preocupación del saber jurídico por aquellas zonas de la realidad anteriores y posteriores a la pura normatividad, y particularmente por la función ética, social y política del derecho. Desde el culturalismo, el sociologismo, el neopoliticismo o el realismo hasta los movimientos de "rehabilitación de la filosofía práctica", una multitud de tendencias y orientaciones se disputan la primacía dentro de un ambiente científico básicamente signado por un rechazo del modelo científico del positivismo.

Un segundo eje de preocupaciones renovadoras está constituido por el intento de recoger en el ámbito del saber jurídico algunos de los resultados más notables de la expansión actual de las ciencias humanas. La lingüística, la sociología, la psicología o la teoría de la información han protagonizado revoluciones trascendentales que las sitúan en niveles de prestigio científico incomparablemente superiores al de la ciencia jurídica. Refiriéndose a esta situación de "extroversión cultural de las ciencias humanas", anota Hernández Gil que las mismas llegan a extensos sectores del público no por una divulgación trivializadora, sino por una verdadera difusión que, si se produce, es porque encuentra el eco de la inquietud por sus temas, más allá de la órbita de los especialistas estrictos. Es patente que las ciencias humanas y sociales tienen temáticas comunes y que sus cultivadores concentran a ve

ces sus tareas mediante la cooperación interdiscipli-
naria (8). La situación de aislamiento del saber
jurídico impone, para esta perspectiva, una apertu-
ra a las nuevas dimensiones del progreso científico,
programa que gana en adeptos aunque sin exhibir, has-
ta el momento, realizaciones significativas. Contra
ello parece conspirar no solamente la debilidad es-
peculativa de una ciencia aún tributaria de residuos
cientificistas, sino la propia inmadurez de los mo-
delos científicos escogidos. El incremento de los
puntos de vista cognoscitivos acerca del derecho no
ha traído así aparejado, contra lo que cabría espe-
rar, una renovación sensible de los modos y medios
de hacer ciencia jurídica.

Los ejes temáticos descritos hasta el momento
revelan, sin embargo, una orientación hasta cierto
punto convergente. El aislamiento y automarginación
de la ciencia jurídica explican tanto una situación
en la que el derecho es visto como un fenómeno ce-
rrado en sí mismo e insensible a los incentivos o
desafíos de su entorno, como la actitud refractaria
del jurista ante la situación científica y cultural
que lo rodea. Los movimientos de renovación encuen-
tran aquí un primer punto de contacto para sus ta-
reas respectivas, pero sólo a condición de evitar
caer en nuevas formas de reduccionismo, idénticas
en el fondo, al que caracteriza al saber heredado,
Por otra parte, el signo que opera como común deno-
minador de los movimientos renovadores es, sin lugar
a dudas, el del antiformalismo. Lo que se encuentra

en tela de juicio es el paradigma científico de la dogmática, tal como fue elaborado hacia mediados del siglo XIX, -en el paso del romanticismo hacia el positivismo consumado por el historicismo-, y tal como continúa vigente hasta hoy en las elaboraciones de las disciplinas particulares. Prácticamente todos los esfuerzos contemporáneos por llegar a una nueva definición del ámbito, naturaleza y contenido del saber jurídico parten de un rechazo de los supuestos filosóficos y científicos del paradigma dogmático : a saber, del dualismo kantiano entre ser y deber ser; de la prohibición de emitir juicios acerca de la expresividad representativa de la realidad en sí; de la reducción del concepto de juridicidad al de normatividad positiva; de la concepción del concepto jurídico como forma; de la idea de ordenamiento jurídico como sistema cerrado, hermético y autosuficiente; de la reducción del quehacer científico a la tarea de registro y verificación de regularidades empíricas; de la postergación del interés de la ciencia por su propia dimensión práctica y por su función en la sociedad.

El programa de una renovación teórica y metodológica del saber jurídico cobra así dimensiones múltiples, imposibles de abarcar bajo rótulos unitarios, aunque coincidentes en una preocupación última. Por un lado, la ciencia jurídica intenta una revisión del modelo recibido del positivismo; por otro, sus nuevos enfoques, exhiben un doble movimiento hacia la depuración y la autonomía (9), aspectos

no del todo desligados, sin embargo, del condicionamiento ejercido por la crisis general de la cultura. En realidad, la crisis es, consustancial a la ciencia jurídica, y prueba de ello es el hecho de que todos los momentos significativos en la evolución de las ideas jurídicas coinciden puntualmente con procesos de crisis más vastas en el orden del pensamiento, la cultura y la sociedad. Lo que parece dar un matiz específico a la situación actual, es que el interés renovado por una nueva justificación del paradigma científico acontece precisamente en un momento en el que la reflexión oscila entre la duda y la negación de la legitimidad del esfuerzo filosófico.

La pretendida justificación del paradigma heredado a través del recurso a la verificación de su supervivencia en el tiempo cae por su base. La persistencia en el tiempo de una teoría científica nada dice -como se verá más adelante- acerca de su validez intrínseca. Como sugiere la historia de la ciencia, el hecho de que una teoría resulte superada por otra no significa, sin más, que aquello que antes era verdadero se haya transformado en falso, si no que ha sido absorbido por una visión más amplia de la realidad a que intenta referirse la teoría. Esto es así precisamente porque el discurso científico no abarca, por definición, la totalidad de lo real. Esto último es de la competencia específica de la filosofía que, ocupada de la realidad en cuanu

to tal, es la única instancia en la que los resultados "objetivos" de la ciencia pueden ser confrontados con la contextura "objetiva" de lo real. Una ciencia privada del recurso a la filosofía es un saber ahogado en la circularidad de sus argumentos y privado, por tanto, del único impulso de progreso efectivo que es dable constatar.

NOTAS

- (1) HUSSERL, E: La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendentale. Paris, 1976, pp. 8-9.
- (2) HOFFE, O: Estrategias de lo humano. Trad. E. Garzón V. Buenos Aires, 1979, pp. 9-10. Asimismo, ZULETA PUCEIRO, E: Sobre la función política del jurista-intérprete, en RCS, 15 (1979), pp. 48-49.
- (3) HABERMAS, J: Prassi politica e teoria critica della società. Trad. it. de Theorie und Praxis, a cargo de A. Gajano. Bolonia, 1973, p. 81. En el mismo sentido, cfr. BRUNNER, O: Nuevos caminos de la historia social y constitucional Buenos Aires, 1976, Trad. A.F. de Rodríguez; ZULETA PUCEIRO, E: Dimensiones prácticas del saber jurídico, en Ethos, 2/3 (1974-75), pp. 223-238 y Los factores políticos en la interpretación del derecho, en JA, 5049, (1978), pp. 1-7.
- (4) STRAUSS, L: Epílogo a STORING, HJ Essays on the scientific study of politics. Nueva York, 1962 p. 327, cit. por STRASSER C: La razón científica en política y en sociología. Buenos Aires, 1979, p. 172.
- (5) HERNANDEZ GIL, A: Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid, 1976, p. 91.
- (6) Sobre este punto, se ha intentado un enfoque profundizado en ZULETA PUCEIRO, E: Hermenéutica jurídica e historicismo, en SQUELLA, A (ed): Savigny y la ciencia del derecho, RCS, 14 (1979), vol II, pp. 661-663; Savigny y la teoría moderna de la interpretación, en VVAA: Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, ACFS, 18/19 (1978-79), pp. 200-202; System and function in legal dogmatics, en VVAA: Argumentation in legal science, Actas del Simposio organizado por la Finnish Society for Legal Philosophy. Helsinki, 10-12 dic. 1979 (en prensa).
- (7) DIEZ PICAZO, L: Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado. (Dos esbozos). Madrid, 1979. Para un enfoque del problema, sigue siendo sugestiva la lectura de RIPERT, G: Le regime democratique et le droit civil moderne.

Paris, 1948, expec. cap. I. Cfr. asimismo, los enfoques -
más recientes de VALLET DE GOYTISOLO, J: Derecho y socie--
dad de masas. Madrid, 1968, pp. 237-246 y ss: GALGANO, F:
Il diritto privato fra codice e costituzione, Bolonia, --
1980, pp. 28-31.

(8) HERNANDEZ GIL, A: Op. Cit. p. 29.

(9) HERNANDEZ GIL, A: Op. Cit. p. 106

CAPITULO I

LA CONFIGURACION DEL PARADIGMA DOGMATICO

1. La dogmática jurídica como concepto histórico

La determinación de un concepto preciso de lo que deba entenderse por "dogmática" en el campo del derecho es cuestión que vuelve a ser objeto de preocupaciones por parte de la teoría jurídica actual. Los ensayos más recientes sobre el tema prefieren replantearlo desde su base, y la cuestión comienza verse a la luz de los problemas fundamentales de la argumentación jurídica, de la naturaleza y tareas del saber jurídico heredado del positivismo, o bien del debate en torno a las condiciones de posibilidad de una teoría científica del derecho (1).

Para una parte importante de la doctrina, la dogmática jurídica se identifica con la idea de la ciencia del derecho concebida como doctrina del concepto lógico trasladada al ámbito jurídico. La dogmática es vista así como un saber esencialmente descriptivo, basado en un conjunto de procedimientos abstractivos, capaces de obtener, a partir de los ma

teriales del derecho positivo, una red de "institutos" que, reagrupados y ordenados según criterios de coherencia interna, se constituyen en "sistema". Para esta concepción, vastamente difundida en el terreno de las disciplinas particulares, la ciencia jurídica tiene por objeto la explicitación y sistematización del contenido de las normas jurídicas que, en un cierto momento y en un cierto espacio, constituyen un sistema jurídico en vigor (2).

Esta idea, difundida especialmente en el ámbito académico de influencia alemana e italiana, se apoya de modo consciente o inconsciente en la concepción del método jurídico elaborado por el positivismo científico a partir del Ihering formalista. No parece, sin embargo, que la evidencia de dicho condicionamiento científico-cultural, haya servido hasta el momento para extraer conclusiones analíticas relevantes. La consideración de la dogmática jurídica como una especie de concepto universal, atinente a un tipo de saber practicado a lo largo de la historia de las ideas jurídicas de un modo invariable y considerado como el método de la ciencia jurídica ha contribuido en buena parte a la confusión imperante.

El origen de esta concepción debe verse en las ideas de Ihering en torno al problema del método en las jurisprudencia romana. Como es sabido, aún cuando su elaboración reconozca como fuente ma-

terial el derecho romano, la "teoría de la técnica" esbozada en el volumen III del Espíritu del Derecho Romano aspira a convertirse en una descripción del método universal del derecho, aplicable, por tanto a cualquier tipo de ordenamiento jurídico. Esa es la raíz -en su opinión- del reconocimiento universal del genio jurídico romano. Hablando del tema, afirma : "la solución que Roma dió al problema del método, debe ser considerada de una exactitud tan perfecta, como que descansa en la naturaleza misma de las cosas; y al modo como puede sostenerse con una certeza apodíctica que los principios del método matemático serán para todos los tiempos invariablemente y siempre los mismos, igual acontece con el método jurídico. La senda recorrida por el derecho romano antiguo es la vía absoluta de la jurisprudencia; ya no es romana, como no es griega la que siguieron, en matemáticas Euclides y Arquímedes. Los rudimentos del método jurídico se encuentran en todos los derechos"... El método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el único medio, construído por el derecho mismo, en virtud de una necesidad contenida en su esencia, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica" (3).

En la afirmación precedente resulta clara la presencia en Ihering de una idea trascendental del derecho que, como forma a priori, es condición de posibilidad de toda experiencia posible. Su referen-

cia a la práctica como límite de la conceptualización científica no alcanza a ocultar el presupuesto idealista latente, punto de partida de las acusaciones de "criptoiusnaturalismo" generalizadas por el antiformalismo (4).

Aún cuando la generalización prácticamente universal del modelo científico del positivismo haya hecho olvidar los supuestos de orden doctrinal e histórico en que se funda, estos operan de modo decisivo. Toda teoría jurídica es solidaria con un modo de terminado de concebir el derecho, que opera como presuposición implícita aunque no siempre evidente. Esta relación no es sino un capítulo de la temática más vasta de las relaciones entre teoría y concepción del mundo objetivo, relaciones de carácter problemático, inestable e histórico. De un modo general, puede afirmarse que la dogmática, en cuanto proyección en el ámbito del método jurídico del ideal científico del positivismo, es un "concepto histórico", en cuanto guarda una vinculación esencial con una determinada estructura histórica, respecto de la cual adquiere un contenido y sentido precisos (5).

Los conceptos históricos no son formas con las que "desde afuera" se acerque el investigador a la realidad histórica que procura comprender, sino estructuras conceptuales extraídas de la propia realidad. En tal sentido, cabe hablar de una sistematización y ordenación desde un punto de vista rele-

vante de tendencias, tensiones corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones; en suma, todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un momento histórico. "Se trata de una articulación teórica de constelaciones históricas reales, pero de una articulación que no elimina lo individual, sino que, al contrario, lo integra como parte constitutiva de una estructura abstracta" (6).

En el caso de la dogmática, es evidente que la expresión no expresa un contenido universal, susceptible de ser extendido a cualquier época histórica. Sería impropio, por tanto, el hablar de "dogmática romana". En tal caso se caería en equívocos y confusiones como las que ocuparon a la teoría jurídica entre los años veinte y treinta (7). La dogmática, como forma de configuración del saber científico jurídico se refiere de modo concreto a una cierta actitud metodológica, condicionada por factores de índole científica, histórica, cultural y política que es necesario poner de manifiesto.

Este origen plural y múltiple de la dogmática torna discutible el intento de ver en ella un cuerpo doctrinal homogéneo. Los planteamientos y soluciones de los fundadores de la dogmática son ciertamente diferentes y, a veces hasta, opuestos. La unidad se da, sin embargo, en dos niveles fundamentales. Por un lado, en la identidad de las preguntas a que

intentan responder; por otro, en la comunidad de presuposiciones implícitas de la teoría. Ambas cuestiones se presentan al jurista dogmático como resueltas de antemano, bajo la forma de un paradigma científico, que a la vez que clausura el debate acerca de los fundamentos extracientíficos de la disciplina, delimita el campo de las cuestiones de que cabe legítimamente dedicarse.

"Dogmática" no es, pues, sólo la denominación descriptiva de un determinado modo de hacer ciencia jurídica, sino sobre todo una determinada actitud científica que le sirve de base. "Cualquiera que sea el contenido material de las proposiciones jurídicas susceptibles de cambio -escribe Hernández Gil- lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma, con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado" (8). Los conceptos con que opera la dogmática obran así como contenidos pétreos, y el saber elaborado a partir de los mismos asume pretensiones de validez universal y necesaria. El saber dogmático propone un catálogo o tipología de situaciones normativas posibles, que son analizadas con abstracción de cualquier tipo de contenido. El desarrollo teórico de las instituciones y, en una fase ulterior, del sistema, es un resultado del desenvolvimiento de virtualidades lógicas contenidas ya en los conceptos o "tipos" con que opera la ciencia. Ésta no es otra cosa que una reflexión acerca

de los resultados de la elaboración conceptual de materiales suministrados exclusivamente por el derecho positivo, y si cabe pensar en una posible filosofía del derecho, esta no puede ser otra cosa que el estadio final, propio de un saber generalizador, que tiene por objeto el análisis y sistematización de los conceptos fundamentales de la ciencia.

Esta concepción de la ciencia es inseparable del estado general de la cultura europea al tiempo del advenimiento del positivismo. La referencia a la dogmática debe entenderse como vinculada esencialmente a una idea del saber que reconoce los siguientes supuestos de base :

- a) La consolidación del concepto moderno de ciencia, orientado no tanto a la verdad o falsedad de sus conclusiones o resultados como al carácter sistemático de los mismos;
- b) La historificación del objeto del saber, a través de una identificación de los conceptos de derecho y ley positiva;
- c) El abandono de la teoría del derecho natural, entendida como ontología social subyacente al análisis científico;
- d) La sustitución de una lógica de problemas por los métodos de la lógica formal;

- e) La definitiva separación entre teoría y praxis y la afirmación del saber jurídico como saber esencialmente teórico, presidido por una actitud axiológicamente neutral y tendencialmente descriptivista (9).

Acierta Habermas al afirmar que el positivismo marca el final de la teoría del conocimiento y su reemplazo por una teoría de las ciencias. El conocimiento queda implícitamente definido por la realización de las ciencias, y la cuestión trascendental de las condiciones del conocimiento posible -situado en el corazón de las preocupaciones filosófico-jurídicas a partir de Kant- no puede ser planteada de otro modo que bajo la forma de una cuestión metodológica concerniente a las reglas de estructuración y verificación de las teorías científicas (10). Lo que hay de filosófico en el positivismo es precisamente lo necesario para inmunizar a las ciencias contra la filosofía. "La clave de bóveda del positivismo es el principio del cientificismo según el cual el sentido del conocimiento queda definido por aquello que realizan las ciencias y que puede, por consiguiente, ser explicado de modo suficiente por medio del análisis metódico de los procedimientos científicos (11).

En el ámbito jurídico, la nueva situación queda expresada por los capítulos metodológicos del Sistema del Derecho Romano actual, de Savigny y El Espíritu del Derecho Romano, de Ihering. El cometi

do de la ciencia jurídica, otrora ligado a la empresa constructiva de la ciencia del derecho natural, queda limitado a la exposición de las condiciones de realización de los métodos y reglas prácticas de la construcción jurídica. La ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo, es decir de lo que desde un punto de vista estrictamente experimental cabe verificar como "derecho". Para Savigny o Ihering, el derecho no se reconoce a partir de su contenido -como en la teoría del derecho natural-, sino a partir de la forma con que aparece en la vida social. Es la positividad lo que constituye formalmente al objeto "derecho". Es solamente en las reglas positivas en vigor en una sociedad determinada donde cabe proceder a una verificación empírica, bien sea que se trate de reglas "puestas" por la voluntad del legislador institucionalizado, bien sea porque se trate de reglas efectivamente sentidas y cumplidas por los sujetos y operadores jurídicos. La positividad marca así el ámbito de todo posible conocimiento científico y objetivo.

Acontece así una suerte de alianza "natural si no necesaria" (12) entre positivismo y voluntarismo. "Para asignar al derecho un objeto susceptible de constataciones científicas -escribe Batiffol-, debe reconocerse en dicho objeto ciertos caracteres exteriormente observables; la voluntad de los gobernantes responde mejor que cualquier otra entidad a este requisito, puesto que constituye un aconteci-

miento que tiene lugar en el tiempo y en el espacio, y que se encarna, por lo general, en formas exteriores objetivamente predeterminadas con precisión" (13) . En este sentido, la ciencia jurídica abandonará el empeño originario de la Escuela Histórica por centrar la atención del jurista exclusivamente en la individualidad irreiterable de los acontecimientos históricos, para dar paso a una nueva actitud metódica, que tiende a la determinación en su objeto de estudio de aquellos elementos que, por su carácter formal, son susceptibles de conceptualización abstracta. El fenómeno jurídico es contemplado así como un compuesto de dos elementos heterogéneos: por un lado los contenidos materiales de la normación -inevitablemente mediatizados por su adscripción a circunstancias sociales, económicas o políticas determinadas-; por otro lado, el aspecto formal de los preceptos, que sirve de continente permanente a las expresiones históricas de la voluntad legislativa.

Para el nuevo paradigma de ciencia normal, todo saber jurídico que intente reivindicar para sí la nota de cientificidad tiende a eliminar, por principio, todo aquello que de un modo u otro se refiere a la positividad. La ciencia jurídica se estructura así, paradójicamente, como una ciencia formal, orientada hacia la construcción del sistema general, aunque ejerciendo este enfoque metodológico sobre los datos propuestos por la voluntad estatal. Se trata

ta de una concepción de la ciencia entendida como saber que tiene por objeto calificaciones normativas de hechos, pero al cual son formalmente ajenos los fenómenos del mundo físico o humano en sí mismos. No se trata de explicar, comprender u orientar los comportamientos jurídicos, sino de proceder a una tipificación y sistematización de situaciones normativas hipotéticas.

El paradigma científico de la dogmática cobra así las siguientes notas distintivas :

- a) El objeto de la tarea dogmática son las normas positivas de origen estatal (14);
- b) La tarea de la dogmática es la construcción científica de un sistema conceptual capaz de dar razón rigurosa de la totalidad de la experiencia jurídica, elaborado a partir del material que ofrecen las reglas positivas.

A partir sobre todo de los capítulos metodológicos del Espíritu del Derecho Romano de Ihering, se distinguen dentro del cuerpo de la ciencia una ciencia inferior -la interpretación- destinada a dar cuenta del sentido de las normas con que se enfrenta el jurista, de una ciencia superior, centrada en la conceptualización, la construcción y la sistematización (15).

La teoría de la interpretación no puede menos que reflejar tales presupuestos de origen. Como se ha puesto de manifiesto modernamente, la interpretación cobra la fisonomía con que se la reconoce hasta la actualidad una vez que se consuma, ya en el primer volumen del Sistema del Derecho Romano actual de Savigny, el intento de escindir el momento de la comprensión del momento de la aplicación del derecho. A partir del historicismo, queda roto el equilibrio establecido por la hermenéutica prehistoricista entre subtilitas intelligendi -comprensión-, subtilitas explicandi -interpretación y subtilitas applicandi -aplicación. Al fundirse en un único momento cognitivo comprensión e interpretación, la aplicación desaparece del ámbito propio de la hermenéutica(16).

A partir del historicismo, interpretar será, ante todo, reconstruir el pensamiento contenido en la ley. Mediante una serie de técnicas específicas y de uso general, el intérprete se dirige siempre a un objeto de conocimiento preconstituído por las normas, buscando determinar su contenido o sentido. Como tal, el jurista-intérprete queda equiparado al lector originario, es decir, a quien se sitúa ante la situación que sirvió en su momento de base a la decisión motivadora de la norma. La cuestión por el sentido es así cuestión por el sentido originario. Tanto el intérprete como sus circunstancias desaparecen del acto interpretativo, consumando la empresa teórica propuesta por Kant de "una ética de fines

sin propósitos". Lo propio de la ciencia es el conocimiento de la generalidad como tal, o sea la com
prensión de un sentido originario objetivado en el tiempo y determinado por la norma positiva como ins
trumento que monopoliza la tarea de fijación del de
recho.

La tarea de la interpretación es en Savigny una forma de concebir el conocimiento en la esfera del derecho (17). En Ihering es ya, definitivamente para la dogmática, una etapa primera e inferior de la actividad constructiva de la ciencia. El campo de la interpretación es entonces el de la fase ana
lítica que precede a la conceptualización y sistema
tización; el del momento de la subsunción, cuando se opera una primera síntesis de los datos empí
ricos sobre la base de la cual la ciencia se proyec
ta hacia la unidad superior del sistema. La interpretación es, por ello, exclusivamente doctrinal
-descriptiva de contenidos ya dados, no finalista, no operativa, no valorativa, no constitutiva-. A partir de esta idea, se erige una de las categorías fundamentales del paradigma científico de la dogmática : la distinción entre un elemento lógico y ra
cional del derecho -objeto del quehacer propia
mente científico- y un elemento práctico -alógico, irracional- objeto de la política, de la ética o, en su caso, de las técnicas argumentativas o per
suasivas (18).

La distinción aludida reproduce la ya antes expuesta entre elemento formal y elemento material en el derecho. Como un capítulo integrante de la comprensión, la interpretación es ajena a las cuestiones valorativas o a las exigencias prácticas que operan en la decisión aplicativa. Su función queda limitada estrictamente a la determinación del sentido de las normas, entendida siempre como lectura ahistórica de contenidos objetivos. La ley es -para decirlo con palabras de gran fortuna posterior- "es píritu objetivado" y, en cuanto tal, su sentido se desprende de las opciones ideológicas y políticas, de las estimaciones de intereses y juicios axiológicos que operaron sobre la voluntad del legislador histórico. El jurista-intérprete es y debe ser indiferente a tales contenidos estimativos originarios, puesto que una asunción personal de los mismos lo situaría ante la necesidad de opciones personales que lo llevarían a invadir, mediante sus decisiones, el terreno propio del legislador.

La consecuencia más significativa para el pensamiento jurídico posterior remite al terreno más general de la idea positivista de la ciencia. La desaparición del intérprete del campo de la interpretación es un reflejo del fenómeno más profundo por el cual el sujeto cognoscente deja de ser, para la teoría positivista, el sistema de referencia obligado del acto de conocimiento. "La teoría de la ciencia renuncia a interrogarse sobre el sujeto -escribe Habermas-; ella se orienta directamente hacia

las ciencias, que se presentan como sistemas de proposiciones y procedimientos: como un complejo de reglas según las cuales las teorías son construídas y verificadas" (19). Los sujetos que operan según tales reglas pierden toda significación para una teoría del conocimiento reducido al ámbito exclusivo de la metodología. Sus actos caerán bajo la atención de ciencias empíricas como la psicología, la sociología o la economía, pero son en todo caso irrelevantes para una teoría del conocimiento y una teoría de la interpretación. Esta última no podrá entenderse en adelante sino como un conjunto de métodos, indiferentes a los problemas apistemológicos y filosóficos de una teoría integral del conocimiento.

2. Los presupuestos epistemológicos

El proceso de configuración del paradigma dogmático de ciencia jurídica no puede ser comprendido al margen de su inserción dentro de la problemática más general del lugar del saber jurídico dentro de la teoría general de la ciencia.

Como indica Von Wright, en la historia de las ideas cabe distinguir dos tradiciones importantes, que difieren en el planteamiento de las condiciones a satisfacer por una explicación científicamente respetable. Una de ellas ha sido calificada a veces de aristotélica, la otra de galileana. La primera habría constituido la tradición fundamental de la ciencia occidental, hasta el advenimiento de la segunda (20). La dicotomía no puede sostenerse sin serias reservas que no obstaculizan, sin embargo su interés descriptivo.

El modelo clásico de ciencia, presente en el ámbito jurídico desde la filosofía griega hasta entrado el siglo XIX, se erige sobre la base del principio que "la ciencia concierne a lo necesario y a lo eterno". Para Aristóteles, "cuando uno tiene de alguna manera seguridad sobre algo y le son conocidos sus principios, sabe científicamente" (21). Este saber es al mismo tiempo -y en palabras contemporáneas- "descriptivo" y "prescriptivo", puesto que parte de la evidencia de la estrecha relación existente entre la idea

de finalidad y la idea de existencia. Todo ser humano procura realizar de modo natural los fines que le son inherentes, y en esa operación culmina la realización más perfecta de su propia naturaleza. El conocimiento de la realidad es, pues la base para un conocimiento del bien, a la vez que el punto de partida para una función práctica del saber.

Hay en el modelo de actividad científica propio de la filosofía clásica un punto de partida inequívocamente realista, para el que la "objetividad" a que accede la ciencia mediante los procedimientos que le son propios no representa sino una parte de la "realidad". El discurso de la ciencia es insuficiente para abarcar lo real en su totalidad, y ello supone la necesidad de aceptar otros géneros de discurso, no por diferentes al de la ciencia menos racionales. Lo que especifica la naturaleza y métodos del conocimiento es la propia realidad del objeto, principio afirmado por Aristóteles en el siguiente pasaje : "No se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos manuales; la nobleza y la justicia que la política considera presentan tantas diferencias y desviaciones que parecen ser sólo por convención y no por naturaleza"..." Por consiguiente, y hablando de cosas de esta índole y con tales puntos de partida, hemos de contentarnos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo

de lo que ocurre por lo general y partiendo de tales datos, basta con llegar a conclusiones semejantes"... es propio del hombre instruído buscar la exactitud en cada género de conocimientos, en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión pero reclamar de demostraciones de un retórico" (22).

De acuerdo con la primacía del principio acuñado luego por la escolástica de que ab esse ad nosse valet consequentia (23), el hombre tiene acceso a un conocimiento de las cosas -realitas- en sí, que determina no solamente una jerarquía en los conocimientos, paralela a la propia jerarquía de las cosas, sino también el propio valor moral del conocimiento. "Toda ciencia o todo conocimiento en general -escribe Tomás de Aquino- es algo bueno" (24) ... "Toda ciencia es buena; y no sólo buena, más aún, digna de honor" (25).

La acepción propiamente moderna de la ciencia parte de supuestos gnoseológicos radicalmente distintos. La norma o criterio de la realidad objetiva desaparece como pauta de valoración de la dignidad de un conocimiento dado: a nosse ad esse valet consequentia. El conocer es condición del ser, y la ciencia se define más por su manera o forma de saber que por su objeto propio. El acento recae así sobre los procedimientos, los métodos

y las reglas de constitución del saber, con independencia del dominio de la realidad a que serán apli-cadas. Un saber será científico en tanto ostente las características externas de tal; esto es, en cuanto se articule a sí mismo de modo sistemático y lógicamente coherente; en cuanto cada una de sus proposiciones se expliquen unas por otras según las reglas internas del propio sistema y resistan -en un segundo momento-, los procedimientos de comprobación y verificación empírica de las hipótesis en que se apoya.

A diferencia del modelo clásico, que de acuerdo con el valor analógico que atribuye al concepto de ciencia, propone la científicidad de saberes dotados de muy diverso grado de certeza, el concepto moderno busca un concepto unívoco definido por el arquetipo de las ciencias físico-naturales. Toda la epistemología contemporánea se constituye precisamente sobre la base de una incertidumbre e inseguridad en torno al estado actual del concepto de ciencia. En tal sentido, vuelca la totalidad de sus esfuerzos hacia la discusión acerca de los requisitos que debe reunir un saber para que quepa predicar de él la nota de "cientificidad". En esta línea de pensamiento, se propugnan dos criterios esenciales al respecto: por un lado, su grado de "positivación"; por otro, su grado de rigor (26).

Volviendo al análisis del paradigma dogmático, puede afirmarse, con Bobbio, que el mismo se estructura sobre la base de dos concepciones de la ciencia, sucesivas en su aparición temporal, aunque convergentes en su punto de llegada : por un lado, la concepción racionalista, propia del siglo XVII, abstractizante y elaborada según el modelo de la matemática; por otro, la concepción cientificista -o positivista en sentido estricto- del siglo XIX, de tendencia básicamente experimental y adversa a la inclusión de todo residuo metafísico dentro de la construcción científica (27).

Para la concepción racionalista, son centrales los siguientes principios orientadores :

- a) El mundo es un sistema ordenado, regido por leyes universales y necesarias;
- b) El hombre es un ser racional, dotado, por tanto, de capacidad para comprender dicha legislación objetiva;
- c) La ciencia consiste en el descubrimiento y formalización de dichas leyes, a través de proposiciones universales dotadas de idéntica necesidad y universalidad que su objeto. De acuerdo con estos principios, el saber jurídico tiene como misión esencial el conocimiento del orden normativo

inscripto en la naturaleza, y su tarea se concreta en la sistematización de las conclusiones relativas a los principios y reglas supremas del obrar, deducidas del orden de la naturaleza humana, tanto en su dimensión individual como comunitaria (28).

La expresión típica de este modelo científico en el ámbito del saber jurídico es la versión racionalista del derecho natural, hondamente influenciada por la concepción protestante de que las leyes fijas del movimiento físico, los principios del entendimiento y los de la moral, son aspectos parciales de un orden más vasto, querido y establecido por Dios como expresión de su racionalidad y providencia infinitas. Ante la evidencia de este orden, el primer deber del científico devoto es su implementación técnica para el dominio de la realidad, para "mayor gloria de Dios". En el fondo, late la idea de la materia como una realidad inerte, de propiedades geométricas y mecánicas, predicables tanto respecto de la naturaleza inanimada como de la naturaleza social. Es evidente también la primacía de la noción euclidiana de certeza, inspirada en los cánones de la geometría y de las ciencias demostrativas formales. En función de la cual, la ciencia aspira al conocimiento de un orden universal, abarcable de modo exhaustivo por la razón humana a través de descomposiciones y composiciones sucesivas operadas por el cálculo racional.

Para la concepción científicista, tal como se manifiesta con perfiles netos a partir del positivismo del siglo XIX, la idea general de la ciencia se asienta sobre los siguientes principios: El mundo no es ya un conjunto de leyes universales y necesarias, sino un conjunto de fenómenos aislados entre sí; el cometido de la ciencia es el control y previsión de dichos fenómenos, a través de la constante verificación empírica de las hipótesis experimentales (29). El cálculo cede su primacía al experimento, y los hechos verificables constituyen el principio y el fin de la investigación, tanto en el orden de la naturaleza como en el de la sociedad. Esta concepción dará origen, en el campo de la ciencia jurídica, a una amplia gama de tendencias doctrinales, cuya matriz fundamental está, tal vez, en el libro II de El Espíritu del Derecho Romano de Ihering, y en la propia revisión crítica intentada con El Fin en el Derecho (30).

Puede observarse, con Bobbio, que tanto el modelo racionalista como el modelo positivista no se distinguen tanto, por el resultado a que tienden por sí mismos, como por el diverso modo de procurarlo. El punto final de convergencia es, en definitiva, la "verdadera ley de la naturaleza". La crítica del positivismo al racionalismo -avanzada, sin duda, por la crítica de la Escuela Histórica al iluminismo- se centrará sobre todo en la pretensión de abarcar íntegramente la realidad a través de un saber total, basado exclusivamente en la

deducción a partir de principios apriorísticos. El modelo positivista afirmará, por el contrario, la primacía de la observación y la experimentación; de la tarea de registro, control y verificación de regularidades fácticas, como base para el ascenso del saber jurídico hasta el nivel de una ciencia con pretensiones no menos universales y autosuficientes que las del racionalismo (31).

Ambos modelos nacen en función de climas históricos, culturales y sociales diferentes y, por momentos, contradictorios, cuya síntesis sólo será posible merced al advenimiento del poderosos catalizador intelectual que implicará el historicismo, con su intento de "sustitución de una concepción generalizadora de las fuerzas humanas por una concepción individualizadora" (32). A partir del historicismo, quedarán definitivamente configurados los rasgos típicos del paradigma dogmático, tal como se trasladan a la ciencia jurídica posterior.

Con la afirmación de la pertenencia del derecho al ámbito de las realidades históricas y, por tanto, al de los hechos empíricamente verificables, la idea de un derecho abstracto, independiente de sus posibles manifestaciones históricas, queda relegada al campo de las ideologías, los prejuicios o los dogmas de fe. Para el historicismo, el derecho es lo dado; lo históricamente puesto por una voluntad determinada en un contexto espacial y tem

poral específico. Es en este orden de cosas donde tiene lugar todo lo que resulta relevante para la ciencia. Toda afirmación de leyes o principios pretendidamente universales es, por su propia imposibilidad de verificación empírica, materia de la subjetividad, y está por tanto, sustraída al dominio de la ciencia.

Consecuentemente, la ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo. En ello va implícita -como indica González Vicén- una cuestión hasta entonces desconocida: el de las posibilidades de un conocimiento "científico" -o sea, de validez universal y necesaria- respecto de realidades contingentes y variables en cuanto dependientes de la voluntad históricamente circunstanciada de los hombres (33). Este problema no puede considerarse privativo del saber jurídico, sino que es común al resto de las ciencias humanas. Lo cierto es, sin embargo, que en el caso del derecho cobrará no solamente un matiz peculiar, sino que recibirá una forma de solución que marcará el rumbo de la labor científica prácticamente hasta la actualidad. La respuesta del historicismo no buscará los cauces de una nueva formulación teórica general, en la que el conocimiento jurídico reconozca como posible la incorporación de los datos irreiterablemente únicos de la historia a la totalidad racional de la ciencia, sino que intentará aprehender la objetividad histórica de los mismos mediante el método y desde

las premisas del racionalismo (34). Mediante este recurso, tratará infructuosamente de resolver un problema que en realidad sólo puede plantearse desde la crítica positivista al modelo científico del racionalismo. Con ello, la solución propuesta en el plano metodológico arrastrará consigo inevitablemente, la supervivencia del problema, quedando planteada así la aporía fundamental del positivismo jurídico. Como subraya González Vicén, "al incorporarse la gnoseología del racionalismo moderno, la ciencia del derecho del positivismo va a intentar dar respuesta al problema del conocimiento del derecho positivo, es decir, de algo de estructura histórica singular, valiéndose de un método que eleva a principio la incognoscibilidad de carácter general de lo singular y concreto".

El giro introducido por el modelo científico del positivismo invierte los términos del problema originario: ya no se trata de fundar un método que posibilite la comprensión de lo universal en el derecho, sino de determinar las condiciones bajo las cuales debe pensarse el derecho positivo para que éste sea inteligible a los instrumentos y recursos cognoscitivos del modelo racionalista.

Este paso del modelo científico del racionalismo al del positivismo será consumado en el ámbito de la ciencia jurídica por el historicismo, partiendo de un conjunto de ideas y problemas plantea-

dos ya en el espacio intelectual de la Ilustración. Adjudicando a este proceso en las ideas la denominación genérica que cabe atribuir a su aspecto metodológico, el pensamiento jurídico actual ha hablado de formalismo. Desde la perspectiva del historicismo, la ciencia jurídica abandonará su preocupación originaria -tal como aparece en los escritos fundacionales de la Escuela Histórica- por la individual e irreiterable concretidad de los datos históricos, dando paso a una nueva actitud metódica, orientada en general hacia la tarea de determinar en su objeto de estudio todos aquellos elementos susceptibles de conceptualización abstracta. El fenómeno jurídico será visualizado como "un compositum, una yuxtaposición de dos elementos dispares : un elemento variable y contingente, constituido por los contenidos normativos, y otro permanente, constituido por la estructura formal de la normación" (35). Bajo el nuevo paradigma científico, el saber jurídico busca su científicidad a través de la eliminación sistemática de todo aquello que, de un modo u otro, se refiere a su misma positividad. La ciencia jurídica es así ciencia formal, que de manera sustancialmente idéntica a la del modelo racionalista, se orientará hacia la construcción del sistema conceptual general, aunque ejerciendo su nuevo approach metodológico sobre el material de una realidad históricamente circumscripta.

De acuerdo con estos presupuestos, el núcleo del paradigma dogmático estará constituido por la

idea de construcción jurídica. En tanto que la conciencia y la observación histórica suministran materiales que de un modo genérico -y retomando la clasificación de Savigny- podrían denominarse políticos, la labor de la ciencia pone su acento, en cambio, sobre los aspectos técnicos. Los conceptos de la dogmática, elaborados sobre la base de un esquema lógico de inducción-deducción, cobran una suerte de "expansión lógica" (Ihering) que les otorga una fuerza normativa similar a la de la materia prima ofrecida por los ordenamientos positivos. Los conceptos de la dogmática se refieren a la misma realidad objetiva a la que se refieren las normas positivas, ahondando no sólo en su descripción sino en el alcance normativo. El paradigma dogmático entiende apoyarse en las normas jurídicas, entendidas como el límite de la experiencia jurídica posible, al tiempo que, en su construccionismo de base, se proyecta hacia una conceptualización de la propia realidad a que dichas normas entienden referirse de un modo exhaustivo.

En este sentido, cabe hablar de un formalismo "científico", como nota típica del paradigma dogmático, aunque precisando que la expresión "formalismo" cobra aquí una concepción más amplia que la usualmente aceptada cuando se habla de "ciencias formales" por oposición a "ciencias empíricas". Como señala Bobbio, se trata de una concepción de la ciencia entendida como saber que no tiene por obje

to hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos, cuyo cometido no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la construcción y, en última instancia, el sistema.

Desde este punto de vista la labor de la ciencia jurídica se centra en la subsunción de hechos, actos, relaciones o instituciones, en el seno de categorias jurídicas generales, con el objeto de atribuirles calificación normativa y de clasificarlas dentro del sistema en su conjunto. Desde esta acepción del formalismo, el cometido de la investigación científica del jurista no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica; es la determinación del status normativo de lo investigado (36).

El tratamiento prestado por Bobbio a la cuestión del formalismo sugiere algunos elementos de inestimable valor para el análisis del paradigma dogmático. Distingue este autor, como es sabido, cuatro acepciones distintas del término "formalismo". En primer lugar, la que se refiere a una cierta concepción de la justicia, según la cual la justificación de los actos queda definida en términos de observancia de la ley. Reserva para esta acepción el nombre de "formalismo ético" o "legalismo" -aludiendo con esta última expresión a la visión legalista de la justicia-. En segundo lugar, propone el uso de la expresión "formalismo" con relación a una de

terminada teoría jurídica, cual es la que tiende a presentar al derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable). En tercer lugar, hace alusión a un determinado modo de hacer ciencia del derecho, que puede denominarse "formalismo científico". Busca, como se ha dicho anteriormente, no la explicación causal o la explicación teleológica de un determinado instituto, sino la determinación de su status normativo. Su forma de expresión es la construcción, caracteriza de modo eminente a aquella versión de la ciencia jurídica elaborada en torno al paradigma dogmático. Un cuarto significado alude al terreno de la teoría de la interpretación, donde cabe atribuir la calidad de formalista a la concepción que atribuye a la labor judicial un poder meramente declarativo de la legalidad vigente, y en ningún caso creativo de nuevo derecho (37).

Como puede observarse, el análisis que viene desarrollándose contribuye a poner de manifiesto la presencia dentro del paradigma dogmático del formalismo entendido en la segunda y tercera acepción, es decir, como teoría acerca de la naturaleza del derecho y, -en relación de estricta consecuencia-, como concepción de la ciencia jurídica. Ambos significados dan al paradigma dogmático su fisonomía esencial y condicionan, como se verá, toda la teoría de la interpretación elaborada desde la dogmática. Acierta Bobbio al señalar que los cuatro significados no se suponen necesariamente entre sí, y

que los cuatro apuntan a una exigencia común de la ciencia del derecho y proponen, por tanto, un problema o una serie de problemas que no pueden ser ignorados ni subestimados. Es verdad que cada uno de los cuatro significados es sostenido de hecho por ciertos autores con independencia de los demás, y que a la conformación de cada uno de ellos concurren distintas tradiciones filosóficas y científicas. No es menos cierto, sin embargo, que la inexistencia de una vinculación de carácter lógico y necesaria entre las cuatro acepciones no basta para dejar de lado el hecho de que ha existido entre las mismas una compenetración en el plano de las concreciones históricas, de la que es expresión el carácter de congruencia o no-contradictoriedad que exhibe el conjunto.

Una muestra acabada de la vinculación existente en los hechos puede verse en la teoría de la interpretación elaborada por la dogmática, solidaria en todos sus puntos con el "formalismo científico" a que se refiere la tercera acepción -recuérdese el lugar sistemático del tema de la interpreración en las obras de Savigny y Ihering, prácticamente como capítulo de la teoría de la construcción jurídica- y con el "formalismo ético", o con la teoría formal del derecho, supuestos no por implícitos menos necesarios del formalismo en la interpretación. Es precisamente esta cuádruple raíz doctrinal que subyace al paradigma dogmático la

que explica que los cuestionamientos formulados desde las más variadas corrientes antiformalistas contra cada una de las acepciones del formalismo por separado, o contra algunas de ellas en particular -concretamente contra la segunda y la tercera en su conjunto-, no hayan bastado para consolidar de modo pleno y maduro un paradigma alternativo acorde con los presupuestos y proposiciones de la crítica.

La consideración de las raíces intelectuales del paradigma dogmático en el historicismo permite considerar el proceso por el cual las cuatro acepciones propuestas por Bobbio cobran una mutua complementariedad. Sugieren, inclusive, la pertinencia de dos acepciones complementarias y que guardan una clara relación con la idea del formalismo como un fenómeno intelectual y doctrinal unitario en cuyo seno operan de modo dialéctico ciertas acepciones particulares, conceptualmente diversas y tendencialmente convergentes. Desde esta perspectiva adicional, cabría entender por formalismo una característica general de determinados ordenamientos jurídicos históricos y, por otro lado, una determinada actitud del jurista frente al fenómeno jurídico.(38)

La primera de estas acepciones complementarias nos remite a una consideración de los ordenamientos jurídicos de la modernidad, basados en la idea de codificación; la segunda, a un análisis del positivismo en sentido estricto. Ambas dimensiones permiten completar la fisonomía del paradigma dogmáti

co, en tanto que aluden, por un lado, a las estructuras latentes de la ortodoxia dogmática y, por otro, a aquella actitud fundamental del jurista frente al dato jurídico que otorga unidad y coherencia al resto de las acepciones consideradas. Las mismas aparecen así con perfiles netos a luz de una visión lógico-sistemática, aunque se confundan e interpenetren al ser objeto de una consideración histórico-concreta.

3. Dogmática y positivismo jurídico

El papel del positivismo científico en la configuración del paradigma, dogmático es, como se ha visto, central. Por sobre las ambigüedades conceptuales y los debates posiblemente insolubles que continúan agitando el panorama científico actual, parece evidente que el positivismo, en el sentido más amplio de su acepción, condiciona de modo esencial la estructura y contenido de la teoría disponible. Como observa Scarpelli, se trata de uno de esos nudos donde se manifiestan las actitudes y orientaciones fundamentales, las elecciones y los contrastes, las conexiones profundas entre los modos y valores de una cultura, a la vez que sus visiones totales -filosóficas o religiosas- de la vida y del mundo (39). La crisis del positivismo es así mucho más que una crisis de los modos tradicionales de encuadramiento metodológico del saber jurídico; se trata de una auténtica crisis global, "no sólo de la filosofía y de la ciencia, sino de la propia cultura, es decir, de la conciencia reflexiva de sentirse humanamente en el mundo" (40).

El signo exterior de dicha crisis no es tanto la virulencia de la "rebelión antiformalista", como la pérdida creciente de capacidad discursiva y argumentativa del paradigma hasta ahora hegemónico. "El positivismo legal -llega a aventurar Gadamer- al que le gustaría poder reducir toda la

realidad jurídica al derecho positivo y a su correcta aplicación, no parece que tenga actualmente ni un solo partidario" (41). Para hacerse cargo del alcance de esta aserción, es necesario aproximarse a una noción general del positivismo y a su incidencia en la conformación del paradigma dogmático. En este punto, el análisis debe contentarse con señalar algunas notas esenciales, particularmente relevantes para el tema en examen (42).

Destaca nuevamente en este punto la claridad del enfoque analítico propuesto por Bobbio. Para este autor, la "revuelta contra el formalismo" ha marchado con frecuencia unida hasta tal punto con la crítica al positivismo, que es ya difícil distinguir una de la otra. Tanto la crítica del ius naturalismo como la de las diversas corrientes realistas se dirigen por igual contra el formalismo y el positivismo, debido, en buena parte, a que todas las principales acepciones del formalismo jurídico se encuentran nuevamente en los diversos significados que cabe atribuir al positivismo jurídico. Dicha vinculación no es, sin embargo, absoluta, como lo demuestran los tres significados principales del concepto de positivismo que parece posible distinguir.

Una primera acepción se refiere al positivismo como modo de aproximarse al fenómeno jurídico; es decir, como enfoque específico del objeto

de la investigación. Para el positivismo, éste no es otra cosa que el derecho como dato o realidad factual, diferente del derecho ideal o del derecho "que debe ser". Bobbio adscribe esta forma de aproximación al fenómeno jurídico al movimiento general de las ciencias hacia una distinción radical entre hechos y valores, hacia la determinación de la objetividad y neutralidad valorativa como criterios de científicidad. El objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo; el derecho vigente en una sociedad determinada, entendido como conjunto de reglas establecidas, seguidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces (43).

Una segunda acepción alude al positivismo como teoría. Es decir, como aquella particular concepción del derecho que liga el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción. Este punto de vista identifica positivismo y legalismo estatalista (44). De este modo, en tanto que la acepción anterior podría denominarse positivismo cientificista por ser de cierta forma una proyección de una concepción determinada de la ciencia que se traslada al análisis del derecho, esta segunda acepción podría ser denominada positivismo legalista, por cuanto resultaría de una incorporación al ámbito de los presupuestos de la ciencia jurídica de aquella característica del proceso de formación del Estado moderno por el que éste asume el monopolio de la creación del derecho y del aseguramiento coactivo del mismo.

concepto unitario de positivismo jurídico, aquellos pedazos de concepción, de orientación o de modelo a los que nos referimos cuando hablamos de positivismo jurídico) se han formado y madurado a través de una historia larga y compleja del derecho, de la ciencia y de la práctica del derecho" (45). Esa historia continúa operando en la configuración del modelo positivista y determina matices que deben ser tenidos en cuenta en la utilización del esquema de Bobbio. En todo caso, es evidente que las tres acepciones hacen alusión, al igual que las cuatro acepciones señaladas en su estudio sobre el formalismo, a una triple raíz doctrinal del positivismo, que portando tradiciones, contenidos y elaboraciones distintas, otorga una fisonomía propia y coherente al paradigma científico de la dogmática.

Observa acertadamente Bobbio que los vínculos existentes entre la concepción del positivismo como modo de aproximación al derecho -en el fondo, de delimitación de la esfera de lo jurídico- y el positivismo como teoría son históricos y factuales, sin que quepa hablar de una implicación en términos de necesidad lógica. La historia de la idea de sistema en la ciencia jurídica moderna arroja como se verá más adelante, ejemplos ilustrativos de esta tesis. La noción de sistema externo (46) entendido como ordenación coherente y orgánica de las proposiciones que describen una cierta realidad, de naturaleza puramente lógico-formal, servi

Una tercera acepción muestra al positivismo como ideología; como la creencia en ciertos valores ínsitos en el derecho en cuanto dato efectivo. Por el solo hecho de ser, el derecho cobra un valor positivo y autónomo, independientemente de su correspondencia o no con determinados esquemas axiológicos que lo trasciendan. Este enfoque conlleva, pues, una teoría de la justicia, desde que no se limita a verificar la vigencia fáctica de determinado ordenamiento jurídico y a postular una idea de la ciencia como saber referido de modo exclusivo a dicha realidad, sino que atribuye un valor moral al acatamiento estricto de ese dato positivo. El nexo con la acepción anterior es claramente perceptible, desde que en tanto que el positivismo legal reconoce como presupuesto la idea moderna del Estado como monopolio de la ley y la coacción, el positivismo ideológico implica una exaltación del Estado y de su función en la vida del derecho.

El análisis conceptual de Bobbio ha logrado un justificado prestigio entre la doctrina actual. Se le ha discutido, sin embargo, un carácter excesivamente abstracto y lógico-sistemático, a la vez que un olvido de aquellos aspectos históricos que vienen a avalar no tanto la distinción como la unidad de las acepciones propuestas (47). Así por ejemplo, Scarpelli, quien afirma que "la concepción, la orientación, el modelo que llamamos positivismo jurídico (o, si no creemos en la posibilidad de un

rá de base tanto al iusnaturalismo racionalista como a la dogmática positivista. Lo que variará en ambos casos es la naturaleza de los axiomas que sirven de unidades básicas al cuerpo de teoremas que componen el sistema en su conjunto. En tanto que los axiomas del iusnaturalismo racionalista son proposiciones relativas a un orden ideal -en el sentido de elaboraciones puramente racionales, construídas al margen del derecho positivo-, los axiomas de la dogmática son, a partir del historicismo y de modo neto en el positismo, las proposiciones acerca del ordenamiento jurídico positivo. La acusación de "cripto-iusnaturalismo" esgrimida por las corrientes realistas y, en general, antiformalistas contra el paradigma de la dogmática responden en realidad al hecho de que la idea de sistema externo operante tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo es sustancialmente la misma, aunque con contenidos diferentes en uno y otro caso. La ciencia jurídica, entendida como conjunto de teoremas, no puede menos que responder a la naturaleza de los axiomas que le sirven de base. Una vez que éstos son seleccionados, merced a una decisión presidida por criterios externos al sistema en sí, las elaboraciones de la ciencia deben guardar una relación de coherencia y consecuencia lógica. Con la sustitución de los axiomas fundamentales del modelo iusnaturalistas racionalista operada por el historicismo, y su reemplazo por un nuevo cuerpo de axiomas, surge la necesidad de un modelo de ciencia jurídica acorde con la naturaleza de los nuevos presupuestos.

Es por ello que la referencia de Bobbio a una primera acepción del positivismo, según la cual éste se caracterizará por una distinción neta entre derecho real y derecho ideal -entre derecho tal cual es y derecho tal como debería ser- ofrece las ventajas y desventajas de su excesiva generalidad. Por un lado, permite un enfoque unitario para corriente del positivismo jurídico tan diversas como el positivismo legalista-estatalista o el sociologismo; pero, por otro lado, con dicha afirmación no queda delineada con suficiente nitidez el modelo del positivismo. Tampoco contribuye a clarificar el problema su afirmación de que para esta segunda acepción sería positivista aquella actitud frente al derecho caracterizada por una actitud a-valorativa, objetiva o éticamente neutral, (48) su afirmación de que sólo el derecho positivo podría ser objeto de la ciencia. Un iusnaturalismo racionalista a ultranza podría postular que el derecho que es es precisamente el derecho acorde con el orden de la naturaleza, ya que las realidades positivistas no serían otra cosa que aproximaciones deficientes e inauténticas de la verdadera realidad del derecho. En tal caso, la forma de aproximarse al derecho sería sustancialmente idéntica a la que queda descrita en la primera acepción postulada por Bobbio.

Consciente de la dificultad, Bobbio parece intentar la formulación de un criterio material adicional, al decir que el objeto de la ciencia de-

be ser el derecho positivo entendiendo por tal el complejo de reglas emanadas según procedimientos es tablecidos, que son habitualmente seguidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces (49). En esta afirmación quedan comprendidos tres posibles criterios materiales, determinantes de tres posibles opciones o elecciones en lo que a la naturaleza de los axiomas fundamentales del sistema se refiere :

- a) La voluntad de un órgano superior;
- b) La vigencia social efectiva;
- c) La relevancia práctica como criterio de jus tificación de las decisiones.

Lo que importa señalar es que en tal caso, la determinación de estos criterios materiales es el resultado de una opción valorativa, externa al sistema, a consecuencia de la cual queda determina da la naturaleza de los axiomas y, en virtud del principio de completud o plenitud hermética del sis tema, la naturaleza de los teoremas que lo componen. Dicha opción básica sólo puede ser efectuada desde una teoría particular acerca del derecho como la que propone Bobbio como contenido de la segunda acepción. El positivismo entendido en la primera acepción queda insuficientemente caracterizado; sólo el recurso a la segunda acepción permite contar con una idea medianamente clara y precisa de lo que debe entenderse por positivismo.

El tratamiento prestado a la segunda acepción es así un análisis de la versión legalista-estatalista del positivismo. De la misma forma, - podría haberse ejemplificado esta acepción del vocablo a través de un análisis del positivismo sociologista o del positivismo judicialista. El primero y segundo sentido de la expresión se muestran así como esencialmente complementarios, puesto que una actitud hacia el derecho que partiera de una valorización del mismo exclusivamente en su condición de dato sólo podría configurar una posición positivista a condición de ser complementada por una teoría positivista del dato jurídico. El centro de gravedad de una conceptualización del positivismo verdaderamente útil y eficaz para el análisis de la experiencia científica recae, en consecuencia sobre el positivismo como teoría.

En este sentido, interesa profundizar una - de las posibles alternativas disponibles dentro del panorama de las teorías jurídicas modernas, que es la que se incorpora de modo efectivo al paradigma científico de la dogmática: la que reduce el ámbito de toda experiencia jurídica posible a la ley, tal como es entendida por la teoría política del Estado moderno. Lo que es "factual o histórico" no es la vinculación existente entre la primera y segunda acepción, sino la respuesta a la cuestión del concepto de derecho que viene implicada de modo esencial en la segunda acepción. El derecho co

mo hecho -subraya certeramente Bobbio- queda identificado con la idea de ley predominante en una época histórica caracterizada por la centralización de la producción normativa en los órganos del Estado (50). A partir de este axioma fundamental, se desarrollan los diversos aspectos del paradigma -dogmático. Así, por ejemplo, continuando con la sistematización propuesta :

- a) El concepto de derecho como sistema de normas promulgadas por los órganos competentes del Estado y garantizadas en su observancia por la coacción;
- b) La definición de la norma como mandato;
- c) Monismo legislativo en materia de fuentes, con la determinación de un esquema rígido y jerarquizado en el que la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho o la actividad científica pasan a cumplir un papel subalterno ;
- d) Consideración del ordenamiento como un sistema hermético, completo y autosuficiente;
- e) Consideración de la actividad del jurista o del juez como meramente cognoscitiva o descriptiva;

- f) Reducción del papel de la interpretación al momento exegético, con la consiguiente separación entre fase interpretativa y fase aplicativa del derecho (51).

Los teoremas que constituyen el sistema conceptual del modelo dogmático son reconducibles a los axiomas originarios, mediante procedimientos lógico-formales. Aún así, la construcción del sistema sólo es posible con el concurso de ciertas hipótesis generales de valor originariamente operacional, aunque posteriormente elevados a axiomas. La principal de ellas es, tal vez, la de la racionalidad del legislador, entendida como una presunción apriorística destinada a hacer posible la idea del ordenamiento jurídico como sistema hermético, completo y autosuficiente. Tiende a proponer un modelo de razonamiento y operación práctica al derecho basada en la idea de que el derecho ha sido creado por un sujeto único, ideal, orientado hacia objetivos perfectamente racionales, que obra de acuerdo con conocimiento y valoraciones conscientes, omniscentes, precisas, omnicomprensivas y siempre justas (52).

El análisis de la idea de racionalidad del legislador proporciona un apoyo adicional a la tesis de la vinculación esencial entre el positivismo como modo de enfoque de lo jurídico en general y el positivismo como teoría acerca de la natura

leza y contenido del dato jurídico. Tal como se manifiesta en los ordenamientos jurídicos elaborados sobre la base de las ideas del iluminismo y del historicismo, la noción de racionalidad del legislador remite a una serie de principios de carácter dogmático, acordes en su naturaleza y función con la realidad del Estado moderno como titular exclusivo de la potestad de legislar y juzgar. Así, por ejemplo, en el caso de reglas como la regla de justicia -entendida como tratamiento igual a quienes son iguales-; la regla de no contradicción interna del ordenamiento; la regla de racionalidad inmanente de los mandatos del legislador; la regla de no redundancia entre las normas jurídicas o la regla de coherencia, que excluye la posibilidad de antinomias. Estos principios, ajenos por su naturaleza al sistema interno del derecho -es decir, al orden propio de la materia jurídica como tal, independientemente de la eventual tarea de ordenación y categorización cumplida por la ciencia- pasan a desempeñar un papel central en el paradigma dogmático, desde que tanto la interpretación como la construcción encuentran aquí el punto de partida para las derivaciones lógicas que regirán sus operaciones.

La importancia de estas reglas fundamentales de funcionamiento interno del sistema trascienden en mucho el plano de la técnica jurídica, ya que -constituyen a su vez criterios axiológicos supremos del ordenamiento. Esto vuelve a plantear la impor-

tancia de la tercera acepción del positivismo propuesta por Bobbio. Como ideología, el positivismo representa una creencia en ciertos valores que derivan del hecho mismo de la existencia y positividad de un derecho determinado. Observa acertadamente Bobbio que "el paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso desde una constatación de un hecho a la valoración afirmativa del mismo" (53). Una vez que el ordenamiento positivo es descrito e interpretado objetivamente, es valorado como bueno y como justo por el hecho de ser tal. Como es obvio, tal paso desde el plano de las constataciones empíricas al plano de los juicios de valor no es la consecuencia de una estimación axiológica en sentido estricto -es decir, de carácter particular y circunstanciada en el contexto que rodea a la decisión-, ya que éstas se encuentran -proscriptas por principio del ámbito de una ciencia jurídica rigurosa y consecuente consigo misma. Se trata, más bien, de una estimación orientada al ordenamiento jurídico en un sentido global, que pasa a ser considerado como expresión eminente de la racionalidad objetiva que encarna el Estado moderno. En este sentido, es básicamente correcta la observación de Bobbio en el sentido de que la teoría positivista es el reflejo en la conciencia de los juristas de las notas características de la visión moderna del Estado, en tanto que la ideología positivista está conectada, en cambio, a una exaltación del Estado.

Un análisis histórico vuelve a poner de manifiesto que, no obstante la pertinencia de la distinción analítica entre teoría e ideología positivista, ambas perspectivas aparecen esencialmente ligadas en el seno del paradigma dogmático. Si la teoría positivista es el resultado de la aplicación de la noción positivista de la ciencia al campo del derecho, la ideología positivista es lógica e históricamente anterior a dicha traspolación, dado que aparece como el núcleo del aporte del historicismo al paradigma dogmático. Es necesario insistir en el hecho de que para el positivismo el derecho aparece bajo la forma de su determinación concreta, como ordenamiento efectivo de la convivencia en un momento histórico (54). Esta noción es el resultado de una radicalización de la idea del derecho como manifestación de las fuerzas sociales y como resultado del desenvolvimiento orgánico de la sociedad, recibida por la ciencia jurídica moderna en un proceso doctrinal que reconoce en Montesquieu, la Escuela Histórica y Savigny hitos esenciales.

Para la teoría jurídica del positivismo, el derecho es un conjunto de normas coactivas cuyo carácter sistemático viene determinado por un principio común de validez formal. Este es, tal vez el punto crítico de la teoría positivista. Como ya se ha dicho, el modelo positivista sobrelleva una contradicción de fondo no superada : la presencia de una gnoseología empirista que obliga a la cien-

cia jurídica a pretender hallar una condición de posibilidad de la experiencia jurídica a partir de una operación de inducción de esa misma realidad. - No cabe duda de que el positivismo como teoría procura el establecimiento de un criterio formal de validez -o, en términos menos comprometedores desde un punto de vista técnico, de una regla general de reconocimiento de la juridicidad-. Esta exigencia es connatural a la moderna idea de sistema aplicada a la ciencia jurídica, desde que considerado el derecho como un sistema completo de mandatos y de reglas decisionales es necesario determinar una pauta formal que oriente el contenido de las decisiones posibles, al tiempo que acote el ámbito y extensión de la juridicidad. Las soluciones dadas a este problema por la ciencia jurídica posterior a Savigny y Ihering conforman la historia contemporánea del positivismo, y determinan de modo esencial la propia crisis del paradigma dogmático al incorporar un signo de contradicción en el propio origen del modelo.

El traslado del paradigma de las ciencias naturales al ámbito del derecho introducirá en la ciencia jurídica una inconsecuencia estructural no superada por el positivismo, ya que en la cadena de sus operaciones de justificación y control es dable apreciar una fractura o salto cualitativo. El recurso a la norma fundamental es una operación lógicamente incompatible con el método em-

pírico explicativo de las ciencias empíricas. Este pasaje -arbitrario a la luz de un approach consecuentemente positivista- no puede ser reconducido lógicamente a los axiomas de base, puesto que es el resultado de una elección política (55). Si la norma fundamental "es la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico" y si "sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas" (56), se comprende la trascendencia de este juicio valorativo y político que sirve de antecedente lógico a la totalidad del sistema jurídico. Visto el derecho como un modo de organizar la fuerza, la ciencia jurídica remite su fundamentación última a lo que provisoriamente podría denominarse -con Bobbio- una ideología. En la racionalidad intrínseca al Estado moderno ve - el paradigma dogmático la fundamentación y justificación de validez global del ordenamiento jurídico : el derecho valeo y se impone moralmente en cuanto es, precisamente porque su existencia es el signo del proceso de racionalización de la vida social protagonizado, desde los tiempos modernos, por el Estado. Y este es, precisamente, el punto de unión esencial entre la tradición intelectual del historicismo y el modelo científico del positivismo. La ciencia jurídica positivista sólo es posible presuponiendo el concepto mismo -

de aquello que pretende hallar e investigar (57), y tal presuposición sólo será viable, en el paradigma dogmático, gracias a las bases sentadas por la filosofía política del historicismo.

4. Racionalidad y construcción

La vinculación entre la noción del positivismo como ideología y la idea del derecho como expresión del proceso de racionalización de las estructuras sociales constituye un dato esencial para el análisis del paradigma dogmático. Corresponde a Max Weber el haber destacado no solamente este punto, sino también la primacía de la idea de racionalidad instrumental como punto de partida de la moderna ciencia jurídica. Para Weber, un derecho puede ser "racional" en diversos sentidos, dependientes en general de las diversas formas de racionalización seguidas por el pensamiento jurídico. En primer lugar, "racional" cabe ser entendido por referencia a "generalización", expresión alusiva, al método de reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios principios o "preceptos jurídicos" (58). Sobre esta base, es posible pensar en un segundo momento racionalizador, propio de aquel proceso por el cual a dicha fase analítica sucede una fase sintética o de construcción jurídica, en la que quedan determinados los elementos jurídicamente relevantes de una acción comunitaria o consensual que se desarrolla de forma típica y, al mismo tiempo, de la lógica que permite pensar tales elementos de forma coordinada y bajo la forma de "relaciones" o "instituciones" (59). Sobre la base del material elaborado por esta función constructiva de la ciencia jurídica

ca, es posible pensar en un tercer momento en el que la ciencia extrema sus posibilidades operativas, conectando los preceptos obtenidos mediante el análisis y las relaciones estructuradas en la construcción, en la unidad superior del sistema. La sistematización permite contar con un cuerpo general, coherente y carente de lagunas.

El sistema ofrece, como se ha dicho anteriormente, una regla general de reconocimiento de la juridicidad, en función de la cual es posible otorgar racionalidad y coherencia a los materiales jurídicos, a las decisiones y a las conclusiones de la ciencia. Este papel racionalizador de la tarea de formalización lógica operada por la ciencia es particularmente significativo para una teoría de la decisión. - Weber -cuyo análisis es profundamente ilustrativo en este punto-, indica que la creación del derecho y su aplicación pueden ser racionales o irracionales, y ambas alternativas pueden serlo a su vez - en un doble sentido: formal y material. Cabría así hablar de una irracionalidad formal cuando la decisión es elaborada en función de "procedimientos no controlados racionalmente" -ej. oráculos-, o bien de una irracionalidad material cuando la decisión no depende de normas generales sino de apreciaciones valorativas concretas -y de orden ético, sentimental o político-. (60). El nexo entre racionalidad y formalidad es, en cambio, mucho más estrecho y profundo. Si un derecho es "formal" cuando "lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta

más que características generales, "unívocas" de los hechos" (61), es claro que la racionalidad formal de una decisión guarda relación con la aplicación al caso concreto de reglas rigurosamente abstractas. En el caso de la racionalidad material, en cambio, la decisión responde a normas cuyo contenido consiste en imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia, o postulados políticos (62). De todas estas alternativas, la única que puede aspirar a la dignidad de la justificación racional en un sentido técnica y científicamente contrastable, es la de la racionalidad formal.

Tal es, en esencia, la idea de racionalidad que opera en el paradigma dogmático y con condiciona, como se verá, toda su teoría de la decisión y de la interpretación jurídica. Obsérvese, como demostración de lo dicho, las consecuencias lógicas extraídas por Weber de la idea dogmática de la primacía de la racionalidad formal :

- a) Toda decisión jurídica concreta representa una "aplicación" de un precepto abstracto a un "hecho" concreto;
- b) Cada caso concreto es susceptible de una solución que se apoya en los preceptos generales en vigor, gracias al empleo de la lógica;
- c) El derecho objetivo vigente es un sistema "sin

lagunas" de preceptos jurídicos -o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares;

- d) Todo aquello que no es susceptible de "construcción" racional carece de relevancia jurídica;
- e) Las conductas sociales sólo pueden ser concebidas en términos de "aplicación", "ejecución" o "infracción" de preceptos jurídicos (63).

La referencia de Weber al derecho y la ciencia como uno de los aspectos del vasto proceso de racionalización de la vida cotidiana acontecido a partir de la modernidad (64) retoma ideas acerca del método jurídico comunes a toda la tradición positivista a partir del historicismo. De la tipología propuesta, destaca, sin duda, la vinculación existente entre el tipo ideal del derecho racional-formal y el paradigma dogmático, al que no duda en calificar como "el más alto grado de racionalidad metódica en la actual investigación jurídica" (65). Las tres fases sucesivas del método constructivo -análisis, síntesis y sistema- responden a la propuesta metodológica adelantada ya por Savigny y Ihering y aplicada de forma acabada en la pandectística. Lo que no queda del todo claro en Weber o en otros análisis posteriores es el plano de la realidad en que dicha racionalidad se manifiesta.

El punto reviste importancia singular para una caracterización del paradigma dogmático. Como punto de partida, y sin perjuicio de un análisis posterior - del tema cabe la posibilidad de establecer varios niveles de análisis entre los que, pueden mencionarse:

- a) Una racionalidad ontológica del derecho, que alude a la racionalidad de la realidad en sí misma, concebida como estructurada por un "logos ontológico", que segrega en su propio seno una estructura jurídica objetiva; es el orden inmanente a la realidad;
- b) La racionalidad interna del sistema del derecho, referida a la coherencia, completud y no-contradictoriedad de un determinado sistema jurídico;
- c) La racionalidad externa del sistema del derecho, que puede ser entendida en dos sentidos principales : c.a.) la adecuación de un sistema determinado con respecto al derecho "objetivo" u "ontológico", o bien c.b.) la adecuación de un sistema determinado con respecto a lo que se cree sea su finalidad, ya sea social, histórica, o metafísica (66).

La cuestión de cuál sea el nivel al que se refiere en sentido propio la perspectiva científica de la dogmática continúa en discusión. Así, por ejemplo

plo, M. Losano no duda en atribuir a la dogmática una preocupación por el sistema externa, entendido como organización exterior de la materia jurídica, hacia la cual tiende el esfuerzo de la ciencia jurídica, y situada más bien en el nivel b) de la esquematización propuesta por Grzegorzczk. Se trataría de una especie de terminus ad-quem del trabajo del jurista, desvinculado, en principio, de toda preocupación por una posible racionalidad ontológica -que determinaría una especie de terminus a quo de dicho trabajo- o por un sistema interno entendido en el sentido del nivel a) propuesto. Para Losano, la teorización de la línea encarnada por la pandectística, Hugo, Thibaut o Heise y, en otro sentido, por Savigny, Puchta o el primer Ihering, se refiere de modo sustancial al sistema externo del derecho. La preocupación por el sistema interno sería posterior y reconocería a figuras como Trendelenburg, Gustav Radbruch, Stammler y Kelsen (67). La diferenciación tendría consecuencias trascendentales desde que permitiría distinguir dos tipos de sistema externo : a la dogmática -entendida como actividad del jurista práctico consistente en reunir de modo sistemático las normas relativas a un sector determinado y homogéneo de la realidad-, de -ls construcción -actividad del jurista teórico que tiende a conectar entre sí un número creciente de normas, hasta llegar a la unidad superior del sistema que engloba a todo el derecho-. En tanto que la primera se desarrollaría en contacto estrecho con las disposiciones sobre las que opera, la segunda tras-

cendería la letra de las disposiciones para buscar una adecuación externa hacia un determinado modelo filosófico (68).

La esquematización de Losano tiene la virtud de recoger un nota esencial del paradigma dogmático, cual es la de que el discruso científico de la dogmática se lleva a cabo no sobre las normas en sí, sino sobre las proposiciones científicas que a las mismas se refieren (69). En el fondo, el paradigma dogmático supone la posibilidad de que la tarea de construcción y sistematización científica opere una organización del dato. El punto discutible del esquema de Losano es, tal ve, el de ignorar la presencia efectiva, tanto en Savigny y Ihering como en la dogmática posterior, de la idea de una racionalidad propia del derecho como dato de la realidad. El sistema interno del derecho carece de las notas características del sistema operado externamente por la ciencia -coherencia, completud, no-contradictoriedad- precisamente porque su naturaleza no es lógico formal, sino histórica. No por ello cabe concluir que el conjunto de normas jurídicas como tales carecen de una unidad orgánica. Esta unidad obedecerá en el historicismo a la idea de sistema heredada de la metafísica panteísta de la individualidad, presenta ya en los orígenes iluministas de la Escuela Histórica, y en el positivismo a la idea organicista de la realidad. Hay un sistema de la realidad y un sistema de las proposiciones científicas acerca de la realidad, ambos de

naturaleza diferente y operantes, en consecuencia, a niveles diferentes. Retomando la esquematización propuesta por Grzegorzczyk, puede afirmarse que el - paradigma dogmático reconoce una idea de la racionalidad fundamentalmente referida al nivel de la racionalidad interna del sistema del derecho, expresada en la preocupación por la coherencia, completud y no-contradictoriedad del sistema jurídico. Esta idea de - racionalidad supone, a su vez, una idea de racionalidad ontológica del derecho, de naturaleza diferente y cuyo nivel es ajeno a la conceptualización científica. En Savigny, por ejemplo, este nivel ofrece el dato político con que trabaja la ciencia jurídica, en tanto que el primero es el que ofrece el dato técnico que servirá de objeto específico a la labor científica (70).

La tarea de construcción jurídica a la que viene a reducirse la propuesta metodológica de la - dogmática reconoce su punto de partida en la exégesis de las normas jurídicas -ámbito al que a su vez queda reducida la interpretación- y a través de generalizaciones sucesivas conduce hacia la unidad superior del sistema. Desde la perspectiva de un análisis del lenguaje jurídico, cabría distinguir, por lo menos tres niveles principales :

- a) El lenguaje natural, destinado a expresar acontecimientos o estados de cosas que suceden en la realidad fenoménica del derecho;

- b) El lenguaje normativo o lenguaje del derecho, compuesto por proposiciones acerca de la realidad jurídica tal como se presenta en las - normas;
- c) El lenguaje científico-jurídico obtenido por generalización de la ciencia a partir del - lenguaje normativo (71).

La dogmática opera en este nivel. Las categorías del lenguaje normativo delimitan la realidad a la que se dirigen en virtud de ciertos criterios de relevancia. El resultado son los conceptos jurídicos, entendidos por referencia a aquellas propiedades de la realidad que por estar dotadas de relevancia jurídica son la única base posible para el discurso científico. "La ciencia cumple así con relación al derecho -explica J. Millas- ese papel de reconstrucción conceptual o de dominio que por medio de las formas racionales se impone a las cosas en el conocimiento reflexivo (72). Tanto el análisis jurídico como la concentración lógica y la construcción jurídica operan, desde Ihering, a partir de un cuerpo de proposiciones acerca de las normas, que ya sea - bajo la forma de relaciones jurídicas, principios - generales o sistemas de instituciones, asumen el carácter de dogmas. Sea en función de axiomas, sea en función de teoremas del sistema jurídico, es su racionalidad -o validez- formal la que determina su relevancia para las operaciones de la ciencia jurídica.

La palabra "construcción" guarda, sin embargo, una fuerte dosis de ambigüedad que corre el riesgo de trasladarse a la propia caracterización del paradigma dogmático. G. Lazzaro indica al menos tres significados diversos :

- a) Construcción como elaboración o fabricación del sistema conceptual de la ciencia;
- b) Construcción como elaboración creadora de normas jurídicas a partir de la materia constituida por los principios del derecho natural;
- c) Construcción como explicación de una cierta -disposición normativa (73).

Este último significado se refiere a otra de las piezas claves del paradigma dogmático, que es la idea de subsunción conceptual en sentido amplio. Las primeras dos significaciones aluden por igual a lo que podría denominarse "construcción sistemática", en tanto que la tercera parece referirse a la suerte de "construcción creativa" (74) que operaría en el momento de la interpretación y aplicación del derecho. Lo cierto es que, en el fondo, descripción, explicación y construcción adoptan en el paradigma dogmático una función creadora. Conocer una proposición normativa no es solamente determinar su sentido. Este es sólo un primer paso, reservado a la interpretación, cuya función es sentar las bases para una ciencia

cia jurídica superior que apoyada en la "fuerza de expansión lógica" (Ihering) de los conceptos se proyecta hacia una función creadora que encuentra su meta en el sistema. La construcción entendida como subsunción interpretativa es así, para el paradigma dogmático, un capítulo de la construcción como elaboración creadora del sistema conceptual de la ciencia.

Aquí cobra valor la ya aludida distinción de Losano entre dogmática y construcción. Este autor - reduce la dogmática a esa primera fase del quehacer del jurista caracterizada fundamentalmente por la interpretación del dato positivo y reserva la denominación de construcción para el momento en el que la labor científica trasciende la preocupación puramente didáctica, clasificatoria o descriptiva - sistema externo- para buscar una profundización del orden inmanente a la propia materia jurídica -sistema interno-. Esta segunda fase de la actividad científica sólo es posible con la introducción de un elemento nuevo, cual es la presencia de una idea filosófica acerca de la naturaleza y funciones del derecho en la vida social. Si se hace abstracción de la un tanto forzada distinción terminológica propuesta por Losano, reservando la expresión "dogmática" para la tipificación del paradigma científico del positivismo en su conjunto, es posible entender que es con el historicismo cuando dicho paradigma se configura de modo definitivo. En efecto, una vez que las preocupaciones puramente prácticas y utilitarias de un sa

ber jurídico entendido como técnica interpretativa se vean complementadas por una visión fundamental del derecho como forma y expresión orgánica de la vida social, habrá ciencia jurídica en el sentido que queda definido desde el positivismo hasta la actualidad. La siguiente afirmación de Savigny sintetiza todo un programa fundacional para el saber jurídico : "Todo sistema conduce a la filosofía. La representación de un sistema puramente histórico - conduce a una unidad, a un ideal que es el fundamento. Y esto es filosofía" (75).

La idea de creación es, desde entonces, inescindible de la idea de construcción y ambas dan su contenido esencial a la ciencia jurídica. El estudio juvenil de Savigny acerca de la posesión es un ejemplo acabado del nuevo paradigma científico. A partir de la definición de un principio general dotado de trascendencia explicativa universal -el animus possidendi- se procede a la construcción de todas las variantes posibles de relaciones posesorias, en una tarea científica cuyo rasgo más característico y nuevo es el abandono de aquí en adelante definitivo de la fidelidad a las fuentes. Las fuentes son un instrumento de trabajo, cuya relevancia para el análisis y la construcción queda supeditado, en última instancia, a los fines de la sistematización científica. El centro de gravedad de la nueva actitud científica no está ya en lo particular e irreiterable de los casos sometidos a su consideración,

sino en la exigencia de universalidad y generalidad que impone a la ciencia la propia universalidad del derecho concebido como totalidad sistemática.

5. Posición del problema hermenéutico

Los esfuerzos actuales por recuperar la pertinencia científica de la cuestión hermenéutica ofrecen enfoques altamente fructíferos para el análisis de la respuesta dogmática a los problemas de la razón práctica. Uno de los puntos en los que la crítica histórica y filológica parece haber logrado un acuerdo casi general es el relativo al hecho de que la interpretación sobre el significado y el lugar sistemático que le corresponde dentro del paradigma dogmático una vez que se consuma la empresa historicista de excluir de la consideración de la científica el problema de la aplicación.

En el momento en que la distinción operada - por la hermenéutica anterior al historicismo entre subtilitas intelligendi -comprensión-, subtilitas explicandi -interpretación- y subtilitas applicandi -aplicación- se ve superada por el postulado de la unidad interna entre intelligere y explicare, "la interpretación deja de ser un acto complementario y posterior a la comprensión; comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es - la forma explícita de la comprensión" (76). La consecuencia fundamental de esta nueva postura metodológica será la eliminación del momento aplicativo del horizonte de preocupaciones de la ciencia. Con ello, la hermenéutica jurídica, tradicionalmente inseparable de la idea de saber jurídico como saber acerca

de problemas prácticos, desaparece de la teoría de la comprensión.

La teoría jurídica posterior al historicismo carece así de una solución suficiente al problema de la tensión teoría-praxis, y este vacío incidirá de modo esencial en la configuración del paradigma dogmático. A partir del historicismo -y, más concretamente, a partir de la sistematización del problema interpretativo operada por Savigny en el Volumen I del Sistema del Derecho Romano Actual-, interpretar será reconstruir el pensamiento contenido en la ley. El nuevo punto de partida consistirá en la equiparación del intérprete con un supuesto lector originario, con la consiguiente reducción de la cuesción del sentido al ámbito del sentido textual originario. El intérprete es así historiador de un dato despojado de toda referencia a su historicidad esencial (77). Sus instrumentos son un conjunto de reglas técnicas, aplicables de modo universal, complementadas por algunos principios de aplicación restrictiva y excepcional. La interpretación - objeto -por oposición a la interpretación-actividad- consistirá en el sentido o "pensamiento de la norma", concebido no en términos de realidad concreta, sino de objetivación conceptual de la misma.

El sistema cumple así una función de objetivación de la tradición, idea solidaria, en el fondo, con la empresa de eliminación de los fines anunciada por el designio kantiano de una ética de "fines sin

propósitos". El intérprete y su circunstancia desaparecen del acto interpretativo. La pregunta por el sentido actual de una norma carece, para el jurista dogmático, de otro contenido que el de una referencia a la intención originaria del mandato histórico subyacente a la norma, objetivada a través de la construcción científica. El esfuerzo dogmático por sustraer a la ciencia de toda contaminación emocional, ideológica o de intereses, se consuma a costa de un divorcio entre el mundo del conocimiento -contrapartida teórica del ser- y el de la acción- -contrapartida práctica del deber ser- (78). Divorcio que evidencia de modo claro la insuficiencia de los presupuestos epistemológicos de la dogmática para superar una antinomia hasta entonces desconocida por la ciencia y determinada, exclusivamente, por tales presupuestos, medio de la construcción científica.

La dogmática no puede menos que aspirar, por ello, el ideal de un saber autosuficiente, orientado hacia la sistematización de un objeto elaborado a -partir de generalizaciones sucesivas de la experiencia jurídica. En Ihering, el desarrollo de su teoría del método -contenida básicamente en El Espíritu del derecho romano- tiene como idea central el postulado de objetivación de las formas jurídicas con independencia de toda connotación histórica particular (79). Concebida como "jurisprudencia inferior", la interpretación pierde su vinculación a la práctica y se sitúa en la primera fase de la construcción cien-

tífica. Los referentes empíricos de sus conclusiones no tendrán mayor valor que las fuentes en la construcción doctrinal. El sistema preside y termina sus elaboraciones, y la idea de subsunción pasa a ser el modelo explicativo fundamental del momento hermenéutico.

Debe insistirse, en este sentido, en el matiz peculiar que cobra la idea de sistema a partir del - historicismo. Esta deja de ser un principio forma de estructuración externa de los materiales jurídicos y pasa a ser, al mismo tiempo, la propia estructuración de la realidad como tal. El sistema de la ciencia se erige sobre el sistema de la realidad y refleja al - mismo tiempo, las características derivadas de la na tural ez a de los axiomas que le sirven de base. La in ter pre ta ci ó n tiene su campo propio en el momento del análisis, en la definición de las bases para la acti vi da d constructiva de la ciencia. En cierto modo sir ve de bisagra y punto de unión entre el momento en - que la subsunción opera una primera tarea ordenadoras de los datos empíricos y el momento en que sus resul tados se proyectan hacia la unidad superior del sistema. Marca el punto de autoalimentación del sistema y se sitúa, por tanto, en una dimensión fundamentalmente teórica de la actividad de la ciencia. El para digma dog m á tico ofrece así una teoría de la in ter pre ta ci ó n en función exclusivamente doctrinal. Toda in ter pre ta ci ó n que, superando los límites del texto, in te n te la formulación de un nuevo criterio normativo

trascendería los límites de su competencia e invadiría el ámbito de la política jurídica.

Bajo estos supuestos nace la distinción crucial para la dogmática entre elemento lógico y racional del derecho -susceptible de la consideración "objetiva" de la ciencia- y elemento alógico o irracional (80), objeto de la política, la ética, la economía o las técnicas argumentativas, retóricas o persuasivas. La interpretación no es, pues, valoración del sentido jurídico de una situación determinada, sino lectura de un dato preconstituído al intérprete, cuyo sentido originario es necesario volver a poner de manifiesto, como premisa mayor de un razonamiento deductivo. En el caso de la escuela de la Exégesis, dicho dato consistirá en el texto legal -en su particularidad y en su inserción sistemática-; en el caso de la dogmática, se tratará del concepto -científico y, en un nivel superior, el propio sistema de la ciencia.

La relación tradicional entre razón y decisión queda así gravemente comprometida. A esta situación no es ajeno el agotamiento experimentado por las presuposiciones socio-culturales del paradigma dogmático. Particularmente, cabe hacer referencia a la pérdida de contenido experimentada por la cuestión de la legitimidad a partir de las elaboraciones de la teoría dogmática del derecho y del Estado desde fines del siglo XIX y comienzos del presente. La pregunta

por la justificación del dominio se confunde así con la de su pura factualidad. Sea desde el formalismo, sea desde el sociologismo, la ciencia rehuye a la cuestión de la verdad práctica de sus conclusiones.

La propuesta de una ciencia del derecho libre de valores debe ser entendida a la luz de este proceso, aunque advirtiendo el alcance otorgado por la dogmática a dicho ideal metodológico. Debe tenerse en cuenta que si bien el tratamiento otorgado al tema por un clásico como M. Weber partía de una denuncia del peligro de una militancia valorativa por parte del científico y dentro de su quehacer específico, ello en ningún modo implicaba un rechazo total a la posibilidad de enunciarlos, siempre y cuando se partiera de una distinción cuidadosa de los mismos respecto a los enunciados fácticos. La necesidad de objetividad científica nada tiene que ver con la indiferencia moral (81). La neutralidad valorativa se funda para Weber en el hecho de que la "objetividad" a que aspira la ciencia como ideal cognoscitivo no puede ser extendida a un fenómeno subjetivo como el de las valoraciones. El ideal de pureza metódica sostenido por el positivismo jurídico obedece, en cambio, a una concepción para la que los valores son fenómenos irracionales, fruto de intereses, preferencias arbitrarias o impulsos sentimentales (82).

El paradigma dogmático de la interpretación enfoca al proceso de realización del derecho esta

tuido como compuesto por dos elementos :

- a) El consenso -acuerdo acerca de contenidos de sentido en el que participan las partes y la sociedad;
- b) La coerción -posibilidad del uso coactivo de la fuerza ante la conciencia de una violación del derecho- (83).

Tal esquema sitúa en una relación de implicación mutua al problema de la verdad y el problema del poder, quebrando la tradición de la filosofía práctica. La idea de que el problema de la verdad -o sea, de la objetividad y validez autónoma de los contenidos de sentido que se presentan a la decisión- es un problema ajeno a la preocupación de la ciencia, puesto que a ésta sólo le compete la determinación de la validez formal del mecanismo de decisión, la descripción de situaciones normativas posibles o la previsión de comportamientos posibles de los tribunales, no ha podido sino desembocar en la reducción de la teoría de la interpretación a un catálogo de métodos hermenéuticos sustancialmente similares a los espuestos por Savigny en el Volumen I del Sistema.

La posibilidad de concebir un papel legítimo para la razón en el ámbito de las cuestiones prácticas guarda, históricamente, una relación estrecha con el reconocimiento de la legitimidad y posibilidad

des de una apertura de la ciencia hacia una metafísica de lo social. Por el contrario, la solución moderna de anclar la garantía del orden constituido -opina Hennis- exclusivamente en las opiniones de los ciudadanos, lleva en sí el germen de su disolución, tanto más cuanto la fuerza espiritual más poderosa de la época moderna, la ciencia secularizada, conduce a no justificar "racionalmente" todas las normas pre-políticas, culturales y religiosas, rebajándolas sutilmente a meros prejuicios (84).

La norma fundamental kelseniana o, en otro plano distinto, la norma de reconocimiento postulada por Hart implican, como se verá, algo mucho más importante que una hipótesis básica destinada a operar como fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen el orden jurídico. Se trata, ante todo, de intentos de definir criterios supremos de legitimación, situados más allá de la decisión y capaces de "servir de base a todos los juicios jurídicos posibles" (85). En su solución general al problema de las condiciones formales de validez de una solución jurídica, entiende la dogmática haber comprendido también el problema de los contenidos materiales de dicha solución. El hecho que el intérprete incorpore a su consideración criterios extrajurídicos de integración de la norma se encuentra comprendido en la propia noción de sistema normativo.

G. Tarello propone un esquema del proceso interpretativo presente en la dogmática y que, con ma-

tizaciones que se expondrán a lo largo de los capítulos siguientes, resulta útil para sintetizar lo ex puesto. Para Tarello, la concepción tradicional de la interpretación alude a un proceso intelectual en virtud del cual dada una ley o una norma de la que se conoce o postula su validez, se llega a "comprender" su significado; tal comprensión se vale de reglas o cánones cuyo correcto empleo nos garantizaría una comprensión "verdadera", "exacta", "justa", "no e quivocada". De este forma, una vez que se hubiera com prendido el significado de una norma, es decir, una vez "entendida" la norma "exactamente", sería posible

- a) Conformar el comportamiento propio al mandato de la norma;
- b) Valorar o juzgar un comportamiento con referen cia a la norma y, finalmente, por parte de un órgano competente ,
- c) Aplicar la norma (86).

La primera objeción al esquema de Tarello ocu pará parte importante de los desarrollos que siguen, y se refiere precisamente a la negativa por parte - del positivismo científico de aceptar la idea de una solución "justa" o "correcta". Para la teoría dogmática de la interpretación, el papel de la misma se - limita sin más a la determinación del mercado de al ternativas, lógicamente posibles. La pretensión de

una solución "justa" sería ajena al cometido y posibilidades de la ciencia y cualquier intento en contrario será juzgado por el dogmático como una intrusión ilegítima de factores extrajurídicos (87).

En cualquier caso, el esquema de Tarello podría ser aceptado a condición de considerar la idea de "verdad" como relativa a la norma, en el sentido preciso atribuido por Savigny a la expresión, es decir en cuanto contenido originario de la norma concebida como dato histórico preconstituido al intérprete (88). La idea de "verdad" como nota propia de la solución jurídica al caso es, en cambio, ajena al paradigma científico de la dogmática. Buena parte de los argumentos de Kelsen acerca de la actividad interpretativa van dirigidos precisamente a la descalificación de lo que en ajustada expresión de Dworkin podría denominarse no-right-answer thesis (89).

Para la tradición científica de la dogmática, la necesidad de cultivar el elemento práctico -postulada en numerosos textos por Savigny y Ihering- poco tiene que ver con los problemas de la aplicación en el derecho (90). "Al decir que el teórico debe cultivar el elemento práctico -explica Savigny- me refiero a la inteligencia de este elemento y no a su aplicación real" (91). Interpretar es, en sentido estricto, construir a través de la investigación y el análisis del sentido de las normas en sí mismas y en función del sistema conceptual en que se insertan. La

así llamada "dimensión práctica" de la ciencia jurídica queda limitada a la posibilidad de una preparación adecuada de los materiales susceptibles de ser considerados por una decisión que, en su contenido y sentido, escapa a todo control racional. La técnica jurídica cumple su misión al sentar las bases para una aplicación fácil y segura del derecho abstracto a los casos concretos. La responsabilidad de dicha aplicación constituye material de un orden diverso al del derecho.

Desde esta perspectiva, la relación teoría-praxis y el problema hermenéutico en general no podrá ser concebido de otro modo que como la cuestión acerca del modo de utilización racional de técnicas obtenidas de las ciencias experimentales con vistas a un fin determinado. Las virtualidades prácticas del saber jurídico se ven así reducidas a su poder de disposición técnicas. Con ello se consuma una "degeneración" (Gadamer) y un "título apócrifo" (Habermas) de la idea de praxis, acuñada por el positivismo de acuerdo con su idea de la ciencia como poderío tecnológico sobre la realidad. Toda tentativa por parte del saber jurídico de constituirse en guía para el obrar será cuestionada como un "dogmatismo" incompatible con la Razón; como una absolutización de los derechos de la conciencia subjetiva, ámbito al que deben reducirse los contenidos de las opciones prácticas. Estas no pueden constituir objeto de proposiciones acerca de su verdad o falsedad, puesto que "ser" y "deber" constituyen dimensiones incommunicables de la existencia humana.

NOTAS

(1) Cfr. al respecto, la opinión de ALEXY, R: Theorie der juristische Argumentation. Frankfurt, 1978, pp. 307-314. En sentido crítico, ESSER, J: Dogmatik zwischen Theorie und -- Praxis, en GADAMER, H-G. y BOEHM, G (eds.): Seminar: Die -- Hermeneutik und die Wissenschaften. Frankfurt, 1978, pp. 227 y ss.

(2) En tal sentido, KALINOWSKI, G: Querelle de la science - normative. Paris, 1969, p. 2.

(3) IHERING, R.V. L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son developpement. Trad. franc. de O. de -- Meulenaere, con autorización del autor, sobre la base de -- la 3ª ed. de Paris, 1886-1888. Se utilizará la copia anastática de Forni Editore. Bolonia, 1969 pp. 6 y 7.

(4) Sobre la vinculación de esta concepción del derecho con la elaboración de la noción de dogmática jurídica, cfr. -- LEVI, A: Pandettistica, dogmatica moderna e filosofia del diritto, en RIFD, fasc II (1930), p. 273. En sentido similar, BETTI, E: Diritto romano e dogmatica odierna en Archivio Giuridico, vol XCIX y C (4ª serie, vol XV y XVI, pp. -- 129-150 y 26-66. Asimismo, BRANCA, G: Considerazioni sulla dommatica romanistica in rapporto alla dommatica moderna, en Rivista Internazionale per le scienze giuridice, vol. IV fasc 1/4 (1950) pp. 131 ss y DE FRANCISCI, P: Dommatica e storia nell' educazione giuridica, en RIFD fasc IV (1923), pp. 373 yss.

(5) La expresión es utilizada en el sentido propuesto por GONZALEZ VICEN F: La filosofía del derecho como concepto -- histórico, en AFD, IV (1969), pp. 15 y ss. Los problemas -- metodológicos de la noción de "concepto histórico" han sido planteados en el terreno de la sociología por WEBER, M: La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Trad. L. Legaz. Barcelona, 1969. En el ámbito de los estudios -- históricos, cfr. TROELTSCH, E: El protestantismo y el mundo moderno. México, 1967, pp. 9 y 31.

(6) GONZALES VICEN, F: Op. Cit. p. 16.

(7) El debate guarda aún una importancia notable. Al respecto, cfr. DE FRANCISCI, P: Dommatica e storia nell'educazione giuridica, cit, pp. 373 y ss; PAGANO, A: I criteri differenziali della filosofia del diritto e della dogmatica giuridica, en RIFD, IV (1926) pp. 535 y ss; BETTI, E: Diritto romano e dogmatica odierna, cit. En general, ORESTANO, F: Introduzione allo studio storico del diritto romano. Turin, 1963.

(8) HERNANDEZ GIL, A: Problema epistemológicos de la ciencia jurídica, cit. p. 91

(9) ZULETA PUCEIRO, E: System and function in legal dogmatics, cit. pp. 3 y 7-8.

(10) HABERMAS J: Connaissance et intérêt. Trad. franc. de G. Cléménçon. Paris, 1976, p. 101.

(11) HABERMAS, J: Op cit. p. 102. cfr. asimismo la importante explicación de KOLAKOWSKI, L: La filosofía positivista. Ciencia y filosofía. Trad. G. Ruiz-Ramón. Madrid, 1979, pp. 13-23.

(12) BATIFFOL, H: Problèmes de base de philosophie du droit Paris, 1979, p.31.

(13) BATIFFOL, H. Op. cit. p. 31.

(14) Tal idea permite reforzar la noción de la dogmática como "investigación acerca de las reglas legales válidas y dadas", según propone AARNIO, A: On the paradigm of legal dogmatics. Comunicación al IV Congreso de la IVR. Basilea, 1979, p. 6.

(15) Asimismo, ALEXY, R: Theorie der juristischen Argumentation, cit. pp 307-314, espec. 311.

(16) GADAMER, H-G: Verdad y método. trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito. Salamanca, 1977, p. 340; ZULETA PUCEIRO, E: Hermenéutica jurídica e historicismo, cit. pp. 669-670 y QUINTANA BRAVO, F: Savigny, el romanticismo y la hermenéutica, en SQUELLA, A (ed) Savigny y la ciencia del derecho, cit. II, p. 647.

- (17) QUINTANA BRAVO, F: Op. Cit. p. 659.
- (18) MAGGIORE, G: La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, en RIFD, fasc III (1926), p. 375.
- (19) HABERMAS, J: Connaissance et intérêt, cit. p. 102.
- (20) VON WRIGHT, G.H: Explicacion y comprensión. Trad. L. Vega Reñón. Madrid, 1979, p. 18.
- (21) Et. Nic. VI, 3.
- (22) Et. Nic. I, 3. 1094 b.
- (23) PALACIOS, E: Prólogo a GILSON, E: El realismo metódico. Madrid, 1974. p. 15.
- (24) Quodlib. q. 4, 9 a.1.
- (25) In De Anima, 1, 1, 3.
- (26) En tal sentido, por ej., NUÑEZ LADEVEZE, L: Lenguaje jurídico y ciencia social. Madrid, 1977, p. 20.
- (27) BOBBIO, N: Scienza del diritto e analisi del linguaggio, en Riv. Trim. de Diritto e Procedura Civile, 2 (1950), pp. 342-367, ahora en SCARPELLI, U (ed): Diritto e analisi del linguaggio. Milán, 1976, pp. 287-234, espec. 290-296.
- (28) BOBBIO, N: Op Cit. p. 292. Asimismo, TOULMIN, S: La comprensión humana. vol I: El uso colectivo y la evolución de los conceptos. Trad. N. Míguez. Madrid, 1977, pp. 30 y ss y la completa síntesis de GUSDORF. G: L' événement des sciences humanines au siècle des lumières. Paris, 1973, espec. pp. 497-519.
- (29) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 294.
- (30) Sobre esta concepción, común tanto al paradigma científico de la dogmática como a sus intentos más decididos de superación, cfr. ZULETA PUCEIRO, E: Qué significa para nosotros Ihering. El "Espíritu del Derecho Romano" y la dogmática moderna, en SQUELLA, A (ed): Ihering y la lucha por el derecho. RCS, 10/11 (1976-77), pp. 246 y ss.

- (31) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 294.
- (32) Expresión de MEINECKE, F: El historicismo y su génesis. Trad. J. Migarro y T. Muñoz. México, 1943, p. 12.
- (33) GONZALEZ VICEN, F: Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo, en AFD, VIII (1961), p. 50.
- (34) GONZALEZ VICEN, F: Op. Cit. p. 51.
- (35) GONZALEZ VICEN, F: Op. Cit. p. 53.
- (36) BOBBIO, N: Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milán, 1972, p. 90.
- (37) BOBBIO, N: Op. Cit. pp. 81-98. Sobre el tema, cfr. así mismo ORESTANO, R: Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia. Bologna, 1978, pp. 71-85 y Voz "Formalismo giuridico", en Enciclopedia Italiana, ap. III, vol. 1.
- (38) TARELLO, G: Voz "Formalismo" en Novissimo Digesto Italiano, cit. por BOBBIO, N: Op. Cit. p. 80. nota 2. En general, FIKENTSCHER, W: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Tübingen, 1976, vol III, pp. 307 y ss.
- (39) SCARPELLI, U: Cos'è il positivismo giuridico. Milán, 1965, p. 15. Para una aproximación a los problemas generales de la noción de positivismo en el derecho supuestos en los desarrollos que siguen, cfr. especialmente; GONZALEZ VICEN, F: El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo. Madrid, 1952, ahora en Estudios de filosofía del derecho. La Laguna, 1979, pp. 47-170; VIEHWEG, Th: Que veut-on dire par positivisme juridique, en APD, X (1965), pp. 181 y ss; HART, H.L.A.: Positivism and the separation of law and morals, en DWORKIN, R.M. (ed) The philosophy of law. Oxford, 1977, pp. 17-37; RAZ, J: Legal positivism and the sources of law, en su The authority of the law. Essays on law and morality. Oxford, 1979, pp. 37-52; OTT, W: Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. Berlin, 1976, espec. 98-109; BOBBIO, N: Il positivismo giuridico (Lecciones recogidas por N. Morra). Turín, 1979, pp. 151 y ss; LAZZARO, G:

Storia e teoria della costruzione giuridica. Turín, 1965;
 LEGAZ LACAMBRA, L: Filosofía del derecho. Barcelona, 1975,
 pp. 36-94; WALINE, M: Positivisme philosophique juridique et so-
ciologique en Mélanges Carré de Malberg. Paris 133; VOLPE, G:
L'ingiustizia delle Leggi. Studi sui modelli di giustizia
costituzionale. Milán, 1977, cap. I.

(40) DE LOS MOZOS, J.L. Metodología y ciencia en el derecho
privado moderno. Madrid, 1977, pp. 32-33.

(41) GADAMER, H-G: Op Cit. p. 613.

(42) En general, bibl. cit. nota 39; asimismo, KAUFMANN,
 A: Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges.
 Frankfurt, 1972, pp. 1972-201.

(43) BOBBIO, N: Giusnaturalismo e positivismo giuridico,
cit. p. 107.

(44) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 107.

(45) Así, MATEUCCI, N: Positivismo giuridico e costituzio-
nalismo, en Riv. Trim di Diritto e Procedura Civile (1963),
 pp. 985-1100 cit. por SCARPELLI, U Op. Cit. p. 16.

(46) SCARPELLI, U: Op. Cit. p. 17.

(47) Según la exposición propuesta por LOSANO, M. Sistema
e struttura nel diritto. Vol. I: Dalle origini alla scuola
storica. Turín, 1968, pp. 141-142. La expresión "sistema
 externo" se generaliza sobre todo en la metodología de co-
 mienzos de siglo, sobre todo en la obra de Weber, Heck y
 Stoll. Sobre el problema en los dos últimos, cfr. LARENZ,
 K: Metodologie de la ciencia del derecho. Trad. E. Gimbernat.
 Barcelona, 1966, pp. 72-73.

(48) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 106.

(49) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 107.

(50) BOBBIO, N: Op. Cit. p. 109. Este carácter histórico
 de la teoría acerca de la naturaleza de los axiomas de ba-
 se quedaría reforzada por el hecho de que "hoy la mayor
 parte de los juristas que reclaman para sí el approach positi-
vista no aceptan la teoría estatalista" -op.Cit. 109- En tal caso,

dicha filiación sólo podría articularse mediante la adopción de una teoría alternativa acerca de la naturaleza del dato jurídico, extremo hoy ciertamente discutible.

(51) Aunque en sentido parcialmente coincidente. Cfr. BOBBIO, N: Op. Cit. p. 109; CARRIO, G: Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires, 1976, pp. 52-53; NINO, C.S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México, 1974, pp. 92-95 e Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires, 1980, pp. 321 y ss.

(52) Cfr, el clásico NOWAK, L: De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique, en Logique et Analyse, 45 (1969), pp. 65 y ss. espec. p. 96; así mismo, NINO, C.S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica, cit. pp. 86-91 y, sobre todo, ZIEMBINSKI, Z: La notion de rationalité du législateur, en APD, 23 (1978) pp. 175 y ss; BOBBIO, N: Le bon législateur en Le raisonnement juridique. Actas del Congreso mundial de filosofía del derecho y filosofía social. Bruselas, 1971 pp. 243-249 y nuestros desarrollos posteriores.

(53) BOBBIO, N: Giusnaturalismo e positivismo giuridico, cit. p. 111.

(54) GONZALEZ VICEN, F: El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo, cit. p. 57.

(55) Tal sería la posición de SCARPELLI, U: Il metodo giuridico, en Riv. de Diritto Processuale, 4 (1971), pp. 553 y ss. KORI, M: Il metodo giuridico tra scienza e politica. Milán, 1976, pp. 293 y ss. discute la tesis de Scarpelli acerca de la incompatibilidad radical existente entre, por un lado, la discreción interna de las normas realizadas por la ciencia a partir de una norma fundamental y, por otro, las exigencias de la explicación empírica y el principio de verificabilidad. En el fondo, lo que opera es la ideología acerca de las fuentes del derecho, como sugiere, GONZALEZ VICEN, Op. Cit. pp. 58 y 59.

(56) KELSEN, H: Teoría pura del Derecho. Trad. M. Nilve, Buenos Aires, 1974. p. 139.

(57) GONZALEZ VICEN, F: Op. Cit. pp. 167-168.

- (58) WEBER, M: Economía y Sociedad. Trad. J. Medina Echavarría y otros. México, 1977, vol. II p. 509.
- (59) WEBER M: Op. Cit. p. 510.
- (60) WEBER, Op. cit. p. 511.
- (61) WEBER, M: Op. Cit. p. 511.
- (62) WEBER, M: Op. Cit. p. 511.
- (63) WEBER, M: Op. Cit. pp. 511-512.
- (64) Cfr. entre la amplia bibliografía crítica al respecto, FREUND, J: La rationalisation du droit selon Max Weber, en APD, 23 (1978), pp. 69-92. espec. pp. 82-88.
- (65) WEBER, M: Op. Cit. p. 511.
- (66) En tal sentido, GRZEGORCZYK, Ch: La rationalité de la décision juridique, en APD, 23 (1978), p. 237.
- (67) LOSANO, M: Op. Cit. p. XXVI.
- (68) LOSANO, M: Op. Cit. p. XXIV.
- (69) Utilizando provisoriamente la distinción propuesta, desde un neopositivismo de base, por KELSEN, H: Teoría pura, cit. pp. 46-47.
- (70) Cfr. ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, cit, p. 75 y, en general, Hermenéutica jurídica e historicismo, cit.
- (71) En sentido similar, HERNANDEZ GIL -A.-CIENFUEGOS. A: El estatuto científico de la construcción jurídica en Ihering, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit. pp. 345-346. Asimismo, KALINOWSKI, G: La logique des normes. Paris, 1972, pp. 9-30.
- (72) MILLAS, J: Ihering y la idea de la ciencia del derecho, en SQUELLA, A (Ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit. p. 291.

(73) LAZZARO, G: Storia e teoria della costruzione giuridica, cit, pp. 196-200.

(74) Según la distinción propuesta por DU PASQUIER, C: Introduction a la théorie générale et à la philosophie du droit. Neuchatel, 1948, cit, por LAZZARO, G: Op. Cit p.203.

(75) Juristische Methodenlehre, p. 48, cit. por LOSANO, M: Op. Cit. pp. 200-202.

(76) Según la consideración ya citada en nota anterior de GADAMER, H-G: Op. Cit. p. 378.

(77) En op. Cit p. 398, GADAMER llama la atención acerca de la carencia de estudios sobre la hermenéutica en Savigny. Es de interés la consideración de este problema en el campo de la retórica efectuada por SCHANZE, H: Romanticismo y retórica, Componentes retóricos en los programas literarios hacia 1800, en SCHANZE, H: Retórica. Contribuciones sobre su historia en Alemania. Siglos XVI a XIX. Trad. A. Rodríguez de Francisco. Buenos Aires, 1976, pp. 105 y ss.

(78) Sobre la raíz filosófica del problema, MUGUERZA, J: La razón sin esperanza. Madrid, 1977, p. 56.

(79) ZULETA PUCEIRO, E: Qué significa para nosotros Ihering cit, p. 260.

(80) MAGGIORE, G: La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, cit. p. 375.

(81) GOULDNER, A: La sociología actual: renovación y crítica. Trad. N. Míguez. Madrid, 1979, p. 18. Asimismo, ZULETA PUCEIRO, E. Razón práctica e interpretación. Ponencia en el Seminario de Profesores del Departamento de Filosofía Jurídica y Derecho Natural, leída el 21-3-80 (en prensa) p. 16. Sobre el punto, es particularmente ilustrativo el texto de WEBER, M: La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y la política social, en Ensayos sobre metodología sociológica. Buenos Aires, 1973, pp. 41-43.

(82) Cfr. el tratamiento de BRECHT, A: Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20 Jahrhundert. Tübingen, 1961, pp. 220 y ss.

(83) Al respecto, LUHMAN, N: Sociologia del diritto. Bari 1977, p. 265.

(84) HENNIS, W: Legitimität. Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft en su Politik und praktische Philosophie. Schriften zur politischen Theorie. Stuttgart, 1977, p. 235.
Asimismo, MATZ, U: Politik und Gewalt. Zur Theorie des demokratischen Verfassungstaates und der Revolution. Friburgo-Munich, 1975, pp. 116-117.

(85) KELSEN, H: Teoría pura del derecho, Cit, p. 140.

(86) TARELLO, G: Diritto, enunciati, usi. Bologna, 1974, p. 389.

(87) ZULETA PUCEIRO, E: Hermenéutica jurídica e historicismo, Cit. p. 703.

(88) SAVIGNY, F.C.V.: Sistema del derecho romano actual. Trad. J. Mesía y M. Poley. Madrid, s/f. I. p. 184.

(89) DWORKIN, R. No right answer? en HACKER, P.M.S. y RAZ, J (eds) Law, morality and society. Essays in honour of. H.L.A. Hart. Oxford, 1977, pp. 58 y ss.

(90) Una reflexión más amplia, en ZULETA PUCEIRO, E. Hermenéutica jurídica e historicismo, cit. pp. 708 y ss.

(91) Sistema, I, p. 67.

CAPITULO II

LA MATRIZ HISTORICISTA1. Marco histórico y cultural de la Escuela Histórica

Las investigaciones más recientes tienden a poner de manifiesto que tanto la Escuela Histórica como la obra de su fundador no son otra cosa que - un primer momento de síntesis de ideas acuñadas a lo largo de la evolución de las corrientes de pensamiento de la modernidad. Como se ha dicho en otro trabajo, la concepción de Savigny del derecho como un producto histórico es paralela a su tarea de sistematización definitiva del método de la ciencia jurídica, efectuada de acuerdo con los supuestos de la reflexión iusnaturalista que le precede y con la incorporación de ingredientes culturales y políticos que, por sobre variaciones de matiz, acompañan a la ciencia jurídica hasta el día de hoy (1). El momento fundacional del método jurídico moderno debe ser fijado en el instante del tránsito del iusnaturalismo racionalista al positivismo, operado a través del historicismo.

Es en el propio espacio cultural del Ilumi-

nismo donde se manifiestan ya la mayoría de los motivos inspiradores de la actitud historicista hacia el derecho y el Estado. Un ejemplo especialmente ilustrativo al respecto es el de la idea de sistema dado su carácter sin duda central en el historia del pensamiento jurídico moderno. La historiografía del período suele hablar del historicismo como rebelión antisistemática y anti-iluminista, ignorando el hecho demostrado por las investigaciones más modernas de que la Ilustración presenta ya en su momento una crítica decidida y global contra la idea de sistema, que es paralela en el tiempo a las manifestaciones sistemáticas del iusnaturalismo racionalista (2). La mentalidad sistemático-constructivista de los siglos XVII y XVIII irá acompañada, prácticamente desde sus orígenes, de una actitud de rechazo a la idea de sistema, abierto ya desde el comienzo de la crisis de la escolástica. Para la ciencia jurídica naciente, el sistema es expresión de una esclerosis del pensamiento, por la que ésta renuncia a la tarea de hacerse cargo de la riqueza y diversidad del universo. Para Voltaire, por ejemplo, un sistema es "una suposición; luego, cuando dicha suposición esté probada, ya no es un sistema, sino una verdad" (3). El sistema se autoconstruye a sí mismo, al margen de la realidad y tras la ilusión quimérica de lo universal y definitivo.

La idea de sistema comienza a consolidarse en la ciencia moderna en el ámbito de la teología y a partir sobre todo de Melebranche. Se suele res

catar el pensamiento y la obra de Pierre de la Ramee (Petrus Ramos) como el primer gran intento de aplicación de la idea de sistema a la materia jurídica, siguiendo procedimientos de síntesis destinados a la disposición de la materia normativa según criterios de generalidad y dificultad decreciente, pasando de lo general a la particular y de lo complejo a lo simple, en un plano de coincidencia con el ejemplo de la elaboración teológica, el modelo de ciencia rigurosa propuesto por las ciencias exactas y, en general, el clima favorable a la función creadora de la razón humana propio del siglo XVI (4). Según estudios recientes, "al rechazar Ramus la fina diferenciación de Aristóteles de los silogismos (científicos, dialécticos, entimemas) postuló en vez de ellos la unidad de la lógica y la uniformidad de todas las operaciones del pensamiento. Las consideraciones que motivan la acción de un hombre le parecen a Ramus lógicamente de la misma estructura que las de las relaciones de un geómetra" (5). Esta influencia será desde todo punto de vista evidente en la obra de Hobbes, en quien cabe señalar el intento más significativo e influyente por liberar a la filosofía moral y política de la presencia "perturbadora" e incierta del concepto de praxis. Se abre así la historia del desplazamiento de la dialéctica clásica del tronco de la lógica, uno de los capítulos más significativos de la evolución de la filosofía social moderna. (6).

Interesa destacar, sin embargo, que es en la

obra de Ch. Wolff, el filósofo más representativo de la Ilustración alemana, donde se lleva a cabo la fundación de la idea de sistema externo que pasará -a través de Kant- a la ciencia jurídica del siglo XIX, a los escritos juveniles de Savigny, a la pandectística alemana y, de allí, hasta Kelsen y el normativismo contemporáneo (7). Es en Wolff donde el sistema cobra la contextura de una totalidad hermética, elaborada deductivamente a partir de ciertos conceptos fundamentales como "deber moral", "obligación moral de cumplir el deber", "imputación" de los actos humanos, "libertad" de la persona. La Rechtslehre de Kant inspirará a las definiciones y a las "partes generales de la gran escuela pandectística del siglo XIX; determinará la configuración del paradigma científico positivista con la afirmación de la separación entre ser y deber ser y entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu; la separación--entre derecho y moral y, la orientación genéricamente formalista de la teoría general del derecho hasta la actualidad (8). Este impulso es debido, sin duda, a la presencia de las premisas de la Ilustración en el terreno jurídico.

De una manera general, la Ilustración formula tres conceptos principales de la idea de sistema que serán recogidos por la doctrina jurídica del historicismo, no siempre de modo distinto y claro:

- a) Sistema como ordenación de la materia obteni-

da a través de la observación y análisis experimental de los datos;

- b) Sistema como ordenación abstracta y a priori de la razón, no comprobada en los hechos;
- c) Sistema como ordenación de hipótesis y teorías o como instrumento clasificatorio de las disciplinas científicas (9).

El primer sentido alude a un carácter de la propia realidad que la labor del científico recrea a través de las categorías y conceptos de la ciencia; el segundo, hace referencia a un orden de las palabras y de los conceptos, independiente de cualquier referente empírico; el tercero, propone un uso exclusivamente técnico y, por tanto, valorativamente neutro del instrumental sistemático. Estas tres ideas están presentes en la Ilustración, que opone al "sistema de Descartes la "verdadera física" de Newton, concebida como un sistema por estar apoyado en la experiencia se presenta como "verdadero". Desde Locke y Condillac, el sistema aparece como una estructura -- axiomática cuya posibilidad de constituirse en ideal de conocimiento reposa únicamente en el soporte y apoyo que le brinda la experiencia. Los únicos principios válidos y relevantes para la ciencia son los propios hechos de la realidad, tal como se presentan ante la investigación experimental. D'Alembert recogerá esta idea básica de Condillac y la convertirá en blanco de sus ataques contra la idea de sistema en el Discurso Preliminar a la Enciclopedia (10).

La crítica ilustrada al sistema tiene el sentido de una condena a la metafísica y a la doctrina de la abstracción en su versión escolástica. Al mismo tiempo, revela en estado naciente el ideal metódico del científicismo posterior, con su visión de la realidad obtenida a partir del experimento y de la verificación de los encadenamientos causales existentes entre los hechos de la realidad. La Ilustración ve en el sistema tanto el entramado orgánico de una realidad que se desenvuelve y proyecta a través de un progreso indefinido, como una hipertrofia de la imaginación que, rebasando el marco de las evidencias empíricas, busca la coherencia y armonía de un existente sólo en el ámbito de la razón, y lo hace con la fuerza irracional del entusiasmo constructivista. La idea de la "cadena de seres", o sea de un orden sistemático inmanente a la propia naturaleza, es compartida por la casi totalidad de los pensadores y científicos de la época. Pope, Bolingbroke, Haller, Buffon, Bonnet, Diderot, Kant, Herder o Schiller son sólo ejemplos de una actitud y una concepción generalizada que funda las bases de la ciencia moderna, al tiempo que se rebela contra la tradición de la metafísica escolástica bajo la acusación de "sistematismo" (11).

El ejemplo de la génesis y evolución de la idea de sistema en la ciencia moderna del derecho y el Estado introduce de lleno a la compleja y contradictoria situación histórico-cultural del historicismo. Es precisamente este carácter contradictorio de la conciencia historicista lo que mantiene aún vivo

el debate en torno a la filiación doctrinal del fundador de la escuela histórica. Las posiciones en pugna reflejan, en realidad, aspectos parciales de la figura de Savigny, sin abarcar su significado integral. La valoración de lo histórico, el redescubrimiento de las culturas fundacionales, el advenimiento del yo, la recusación del sistema, son aspectos que se manifiestan ya en el espacio cultural de la Ilustración y con anterioridad a las manifestaciones propiamente románticas. La ignorancia de esta especie de superposición de motivos y períodos ha podido llevar a la tesis de la filiación romántica de Savigny, base de muchos interrogantes y lagunas que continúan sin llenarse en la historiografía actual.

Lo cierto es que en Savigny, fundador de la Escuela Histórica a través de sus escritos programáticos de 1814 y 1815, es dable apreciar un entronque evidente con factores y temas anteriores al romanticismo, pertenecientes en general a la renovación cultural alemana que se consuma con el clasicismo de Vveimar Lessing, Herder, Goethe o el movimiento Sturm und Drang son influencias decisivas en la idea de la cultura y de la historia que opera en el fondo de las elaboraciones del historicismo jurídico. Este clima cultural es compartido tanto por figuras pertenecientes aún al clasicismo, como por las nuevas corrientes románticas, y ello explica coincidencias e intuiciones compartidas. El contacto de Savigny con Creuzer o con los hermanos Grimm es un hecho natural den

ro de un clima signado por un espíritu de confraternidad cultural y política que contribuye a explicar ciertas sintonías con mucha mayor claridad que los esquemas simplistas de la periodización tradicional. La formación de Savigny es decididamente clásica y sobre la base de este molde se acuñarán elementos doctrinales pertenecientes ya a la conciencia naciente del romanticismo (12).

A este respecto, es ilustrativo recoger la conocida periodización propuesta por F. Wieacker, según la cual habría que distinguir un primer romanticismo, surgido entre 1792 y 1880, que presenta figuras como Schlegel y Novalis, y que se orienta sobre todo hacia el descubrimiento de la importancia de lo espontáneo y lo colectivo en la historia. Junto a este romanticismo "antiguo" o de Jena, cabría hablar de un segundo romanticismo -romanticismo "joven" o de Heidelberg- que aparece hacia 1800 y cuyo motivo más profundo es la afirmación del nacionalismo germano, sumado a una valoración de la tradición que opera como principal fermento de la actitud política de resistencia al Iluminismo revolucionario (13). Los elementos románticos operantes sobre la escuela histórica presentan así una naturaleza de cierto modo híbrida, debida particularmente a la diversidad de factores culturales y doctrinales que inciden sobre sus figuras principales.

En el aspecto político, el "primer" romano

ticismo presenta un carácter revolucionario, recogido de la admiración juvenil y entusiasmada de sus sostenedores hacia la revolución francesa. El "segundo", en cambio, cobra un matiz contrarrevolucionario y anti racionalista, bajo el impacto sufrido por la conciencia nacional germana ante la invasión napoleónica. Este romanticismo, definidamente nacionalista debe ser situado en la base de las ideas conservadoras en Alemania. La escuela de Heidelberg será precisamente portavoz de la idea de Volksgeist, basada en las raíces nacionales de la lengua, la cultura y el derecho, retomando la inspiración de Herder sobre el genio y el sentimiento nacional, y apoyándola no ya sobre la hipótesis del consenso social, sino sobre los datos irracionales y pre-políticos de la conciencia popular. Hay en este primer momento del movimiento historicista una definida valorización de lo irracional en la historia; una afirmación del primado del sentimiento, de la intuición, de la presencia de lo invisible y lo sobrenatural. El Derecho y la poesía -dirá Jacob Grimm- no son ni una pura formulación ni una invención vana; el origen de ambos se remonta a algo doblemente esencial: el orden de lo maravilloso y de la fe (14). No por ello cabe concluir que la Escuela Histórica mantuviera una visión irracionalista del derecho y de la tarea científica. El análisis del pensamiento de Savigny -al igual que en el caso de Eichhorn, Grimm, Puchta o Beseler- demuestra acabadamente que esta valorización de lo espontáneo y orgánico en la his

toria no va separada de una recepción decidida de los paradigmas científicos del iusnaturalismo racionalista.

Volviendo a la cuestión del signo político predominante de la Escuela Histórica, cabe decir que su actitud contrarevolucionaria se manifiesta en por lo menos tres planos principales:

- a) El enfrentamiento contra las ideas políticas de la ilustración, entendidas como parte de una especie de complot filosófico y político contra las ideas de tradición, orden y jerarquía;
- b) La revalorización de los valores históricos contenidos en la tradición nacional germánica y dentro de ellos, del peso de la costumbre como fuerza de configuración institucional;
- c) la sustitución en el orden filosófico de una concepción mecánica de la realidad por una concepción orgánica de la misma, a través de la noción, recogida del ámbito de las ciencias naturales, de "organismo vivo". (15)

La noción herderiana de Volksgeist sirve de base a una idea de la nacionalidad que, impulsada por los motivos principales de la filosofía del his

toricismo, constituirá el punto de partida de la reacción anti francesa en el plano político. Para el romanticismo de Heidelberg, el Estado de la revolución es el símbolo de la opresión. En 1807, Jena y Auerstedt marcan el momento de un giro fundamental del espíritu alemán, desde una posición originariamente revolucionaria, hacia una postura de signo genéricamente conservadora y anti revolucionaria. Frente al Estado de la Ilustración -mal necesario y transitorio en cuanto superable a través del progreso racional de la humanidad- el romanticismo esgrimirá la idea del Estado como realidad en sí; como mento supremo del espíritu de los pueblos en su evolución universal; como instancia total, trascendente a la suma de los individuos que lo forman. "El Estado es la fusión de los intereses humanos en un Todo orgánico" (A. Muller). Una ética y una política basadas en el culto a la vida, a lo espontáneo, a la fuerza configuradora y transformadora del espíritu nacional ofrecerán un nuevo contexto para la idea de derecho. Los escritos pragmáticos de la Escuela Histórica son no solamente uno de los momentos más importantes de la literatura y el pensamiento nacionalista europeo, sino el punto de partida de una nueva teoría del derecho, de su función en la sociedad y del cometido de la ciencia.

2. Ciencia y método

Los estudios en torno a la influencia de Savigny sobre la cultura jurídica moderna suelen detenerse en aspectos parciales de su obra, particularmente en los escritos de presentación y lanzamiento de las tesis básicas de la Escuela Histórica, correspondientes, como se verá a una segunda etapa en la evolución de su pensamiento. En trabajos anteriores, hemos mantenido la tesis de una evolución del pensamiento de Savigny que marca por lo menos tres etapas, signadas por preocupaciones y tareas diferentes, y que en su conjunto ofrecen el cuadro completo del legado historicista al paradigma dogmático.

Dentro de dicha evolución, la primera etapa, que debe ser situada en torno a las lecciones de metodología impartidas en 1802-1803 en la Universidad de Marburgo y a su ensayo sobre la posesión es, ciertamente, la menos conocida. Se trata, si cabe, de un período menos significativo desde un punto de vista ideológico que el relativo a los escritos programáticos de la escuela histórica o, desde un punto de vista científico jurídico, que el relativo a la grandiosa construcción del Sistema del derecho romano actual. A este relativo desinterés de los estudiosos viene a sumarse el motivo bastante más importante de la insuficiencia de fuentes hasta épocas recientes (16).

Las ideas del joven Savigny están impregnadas de preocupaciones fundamentalmente científicas y metodológicas, y tanto sus lecciones como su escrito sobre la posesión adelantan varios de los temas más importantes del Sistema. Como indica Marini, la Juristische Methodenlehre marca un momento importante para la teoría jurídica moderna, en el que la vocación sistemática de la época enlaza con un nuevo modelo de investigación científica, imbuido, sin embargo, de una conciencia clara de la relevancia científica de la singularidad de los acontecimientos históricos (17). Es un momento general de la vida intelectual europea que transcurre bajo la influencia determinante de Gustav Hugo, figura que sintetiza una nueva actitud hacia la ciencia, escéptica, empirista, libre de prejuicios, volcada principalmente hacia los aspectos experimentales de la realidad y, en el terreno del derecho, a un análisis de las manifestaciones históricas del pasado nacional germano. Para Hugo, la vida real del derecho no deriva exclusivamente de la legislación -necesariamente parcial, imperfecta e incompleta- sino de la opinión dominante en un pueblo acerca de la verdad jurídica. La costumbre es la forma típica de manifestación de este conocimiento general en torno a los principios, expresada por medio de la repetición ancestral de arquetipos de comportamiento sobre la base de una conciencia de su obligatoriedad. El derecho se hace a sí mismo, derivando en sus diversas formas de la costumbre, y dotado de una "naturalidad racional" de signo

claramente a la del iusnaturalismo, puesto que cuestiona la virtualidad de los principios abstractos de la razón. Junto a este derecho espontáneo, se desarrolla el derecho estatal, producto de la autoridad y del poder institucionalizado, e inaccesible al análisis científico.

Estas son algunas de las coordenadas de pensamiento predominante a la época de las lecciones de Marburgo. El dato auténticamente relevante para una perspectiva científica es la norma positiva. "La investigación jurídica -explica Marini- es investigación de la fisonomía originaria de un derecho, el derecho romano, excelente por su dignidad cultural. Es, pues, investigación histórica, que indaga la fisonomía genuina de las fuentes, su distinta voz originaria y prescinde, por tanto, de las exigencias estrictamente prácticas de la vida jurídica" (18). El quehacer de la ciencia se diferencia así del usus modernum pandectorum y, al mismo tiempo, de las realizaciones del derecho público. Estas se mueven en el ámbito de la práctica, inaccesible por definición a la óptica de la ciencia. Tal es la separación entre teoría y praxis, tal como la concibe Hugo, y como será criticada por el propio Savigny.

Aún así, es importante destacar que este rescate de la importancia de la individualidad y de la concreción histórica de los materiales jurídicos dista aún de la conciencia de la historicidad del dere-

cho -entendido como dinamismo orgánico y espontáneo de la vida social- que caracteriza a los escritos de 1814 y 1815. Al reconstruir la noción de posesión -objeto de las investigaciones que, en su aspecto-- general servirán de base a las lecciones de Marburgo- el derecho aparece para Savigny como un dato positi vo, elaborado por un legislador históricamente de- terminado. Como tal, presenta la forma y la estruc- tura de un sistema, entendido éste en el sentido que cobrará a partir del historicismo. Se trata de un -- sistema inmanente a la realidad social; de un subsis- tema dentro de la totalidad del sistema social (19).

Su visión de la interpretación es consecuen- te con dicha visión general del derecho. Interpretar es reconstruir el sentido de la ley -frase que con- servará vigencia hasta el Sistema y de allí se tras- ladará al paradigma dogmático. Como operación inte- lectual destinada a dar cuenta del sentido de las normas, la interpretación tiene por objetivo una -- suerte de "objetivación" de la realidad histórica. El sentido debe ser objetivo, o sea inmediatamente presente al análisis del intérprete, fueran cuales fueran los propósitos pragmáticos o los motivos psi- cológicos concurrentes al momento de la decisión del legislador histórico. "Todas las premisas de la in- terpretación deben encontrarse en la ley misma. La interpretación tiene lugar cuando el intérprete se sitúa en el punto de vista de la ley, pero únicamen- te en cuanto tal punto de vista es reconocible en

la propia ley. Se suele afirmar que en la interpre
tación todo gravita en torno a la intención del le
gislador, pero esto es una verdad a medias, ya que
ello sólo acontece cuando la intención resulta de
la ley. Y agrega Savigny: "Interpretación es la re
construcción del pensamiento (claro u oscuro, es in
diferente) expresado en la ley, en cuanto el mismo
es reconocible en la ley" (20). En esta afirmación
queda definido el sentido de fondo de la teoría sa
vigneana de la interpretación: interpretar es reca
bar un sentido históricamente preconstituido; no ca
be pensar, por tanto, en la posibilidad de la inter
pretación extensiva, desde que el perfeccionamiento
de la ley es misión propia del legislador y no del
juez. No por ello se juzgará inviable la función de
la analogía, pero ya de un modo definitivo "inter-
pretar" será recorrer el itinerario intelectual del
legislador histórico, a través de los cauces objeti
vamente propuestos por el ordenamiento positivo.

Esta acentuación unilateral y exclusiva de
la interpretación doctrinal se explica en parte por
el hecho de que los "textos legislativos" tenidos en
cuenta en el esquema propuesto por Savigny -y, en ge
neral por la escuela histórica- distan mucho de pre
sentar el aspecto cerrado y hermético que cobrarán
con la Codificación. Lo que Savigny tiene en consi
deración es la realidad del derecho romano vigente
-"actual"- en la época. La adhesión a la ley no de
be entenderse, en consecuencia, como aceptación me

cánica de una realidad rígida y cristalizada en el tiempo, sino como el continuo fluir de una realidad compleja y variada, presente y a la vez continuada en el depósito de la tradición (21).

El tratamiento que Savigny presta al tema de la posesión constituye un ejemplo significativo de lo dicho. La conformación que presentan los materiales normativos que ofrece el derecho romano no siempre resulta separable del valor histórico y cultural de la literatura jurídica acerca de la interpretación de dichos materiales. El nuevo lugar sistemático otorgado a la interpretación contribuye a privilegiar el papel de la literatura sobre la interpretación por sobre la interpretación en sí misma. La "metodología absoluta" se ve así penetrada por el problema interpretativo y, a la inversa, la interpretación pasa a ocupar el lugar de un capítulo preliminar e instrumental de dicha metodología. A través de la lectura de la tradición literaria, la metodología está en condiciones de elevarse al grado de elaboración del sistema y, en consecuencia, a la perspectiva de la ciencia (22). La jurisprudencia -comenta Marini al referirse a este punto- es ciencia vuelta hacia el estudio de las relaciones humanas, según una perspectiva que es al mismo tiempo histórica y sistemática; o sea, tendente al mismo tiempo hacia la historicidad de los hechos y hacia el sistema esencial a toda investigación que aspire a desempeñarse en el nivel de la ciencia (23).

Historia y sistema se suponen e exigen mutuamente. Toda teoría de la interpretación expuesta por Savigny, desde la Juristische Methodenlehre hasta el Sistema, está presidida por la idea de que el sistema jurídico es una totalidad hermética, principio basado, a su vez, en la creencia en una racionalidad natural inmanente al mismo. Es por ello que los diversos métodos interpretativos se reducen en última instancia al lógico-sistemático. "Desde que la ley fue dada para la exclusión de todo arbitrio, la única misión y ocupación del juez es una interpretación puramente lógica" (24).

Desde dicho punto de partida, queda excluida la posibilidad de cualquier tipo de tratamiento científico de la dimensión práctica del saber jurídico. Teoría y praxis aparecen, pues, como ámbitos separados por una distancia infranqueables. La razón científica cobra una autosuficiencia creciente, en un nivel de abstracción en el que los tipos conceptuales cobran inclusive el valor normativo que les otorga su "fuerza de expansión lógica". Tal será la base de la evolución posterior de la teoría de la interpretación, influida, por otra parte, por los motivos filosóficos y políticos de mayor influencia en la época. La teoría liberal del Estado -con el principio de la división de poderes-, la separación entre la idea de Estado y la de sociedad civil, son algunos de los ingredientes de una visión de la sociedad que viene a apoyar la primacía del reduc-

cionismo legalista en que desemboca el historicismo. La legalidad se agota en el ámbito de la actividad del legislador histórico.

La tarea hermenéutica -particularmente la realizada en sede judicial- se limita, en consecuencia, al conocimiento científico de dichos materiales, como condición básica para la existencia de un sistema social basado en la previsibilidad de los comportamientos, la seguridad y certeza de las relaciones y la primacía de un mecanismo abstracto de control y resolución de conflictos. Todo ello supone la colocación en el primer plano del interés de la ciencia de la idea de objetividad o neutralidad valorativa y, en el plano de las técnicas, la prohibición de la interpretación auténtica. Toda actividad pretendidamente aclaratoria de parte del legislador implica, en realidad, la creación de nuevos materiales normativos. Lo mismo podría decirse de la interpretación extensiva, ya que no sólo trae aparejada la quiebra de la lógica interna de la división de poderes, sino que tiende a consagrar por vía de autoridad, una tergiversación de la "objetividad" de la voluntad del legislador, punto de partida y objetivo de la tarea hermenéutica.

3. Historia y política

La segunda etapa de la evolución intelectual de Savigny debe considerarse signada por preocupaciones fundamentalmente políticas. Se expresa a través de los escritos fundacionales de la Escuela Histórica y responde, en general, a un doble propósito: por un lado, la explicitación de todo un programa de renovación cultural y política de la vida europea, no limitado, por cierto, al ámbito exclusivamente jurídico, sino referido a todos los ordenes de la vida científica y social; por otro lado, la afirmación de una concepción general del derecho y el saber jurídico, destinada a servir de base a lo primero, y a explicar el papel posible del jurista en la realidad convulsa de la época. A la idea de la importancia de lo individual en la historia -presente, como se ha visto, en la etapa anterior- viene a agregarse la idea del derecho como creación de la cultura y del espíritu popular. La preocupación sistemática y la idea de la ley como instrumento autosuficiente de disciplina social parecen pasar a un segundo plano, desplazadas por un entusiasmo ferviente por la consideración de los factores históricos operantes en todas las manifestaciones de la vida humana. La naciente escuela histórica del derecho comparte inspiraciones similares a las de Jacob Grimm, Humboldt o Bopp en la teoría del lenguaje; Schleiermacher y Baur en el estudio de las religiones; Niebuhr y Droysen en la historiografía, o Boeckh en la filología (25). La visión de la cultura como un fruto vivo

de la realidad histórica, dotada de una organicidad de la que dan cuenta el equilibrio y armonía de sus formas de manifestación es compartida, con matices diferenciales menores, por las corrientes principales de las ciencias humanas de la época.

En todas estas manifestaciones parecen existir ciertos motivos comunes, que dan un cierto signo unitario al espacio cultural del historicismo. Una de las ideas que parecen desempeñar dicha función es la de totalidad orgánica. La misma es -como explica Dufour- resultado de la influencia de la filosofía de la naturaleza de Schelling, y domina la concepción del mundo de Savigny al igual que la de la mayor parte de los representantes del romanticismo político germano (26). La sociedad aparece como una especie de macroorganismo, constituido por individuos y sociedades intermedias. La sociedad es un todo que trasciende a la suma de las partes que la integran. Es una manifestación de la naturaleza, en la que acontece una revelación progresiva del espíritu. El Estado es una manifestación de la vida consciente de los pueblos y, en cuanto tal, responde a una lógica más profunda que anima el movimiento de las fuerzas inconscientes. El esfuerzo de la ciencia consiste, precisamente, en remontar las contradicciones de la realidad, buscando una síntesis superior que se impone como exigencia de la vida misma (27).

Contra el individualismo atomista del Iluminismo, la filosofía política del romanticismo alemán reivindica la idea de la sociedad como síntesis renovadora y creadora, poseedora de una existencia mística independiente de la de sus componentes. El Estado tiene por ello una personalidad propia y de viene en la historia respondiendo a necesidades lógicas inmanentes.

Un pasaje de los Monólogos de Schleiermacher revela la fuerza y belleza de esta concepción del mundo social: "Aquí siento la comunidad que me liga con todos como un complemento de mi fuerza a cada momento de mi vida. Cada cual se ocupa de su quehacer determinado, concluye la obra de otro, a quien no conocía y prepara la de un tercero que nada sa be de él. Así se acrecienta sobre la extensión total de la tierra la obra del hombre. Cada uno siente como vida propia el efecto de las fuerzas ajenas. Como una corriente eléctrica, la artística máquina de esta comunidad conduce a su meta todo ligero movimiento del individuo, fortaleciéndolo con una cadena de otros mil, como si éstos fueran miembros suyos y lo que cada uno ha hecho, diese remate en el momento a la obra de aquél (28). El Estado "obra de arte" aparece como totalidad orgánica y manifestación del espíritu en su movimiento histórico; como "espíritu objetivado" a través de las manifestaciones que, como el derecho, la cultura o las instituciones, revelan la presencia del poder humano

no revelándose en la naturaleza.

Una segunda idea, consecuente con la prime
ra, es la historicidad. Sin demostración suficiente,
Dufour propone la tesis de que es a través de Burke
y de la traducción en alemán de las Reflections y no
de la filosofía de la historia de Herder, como la Es
cuela Histórica acuña su concepción de lo histórico
en la génesis y desarrollo del derecho (29). Lo que
en verdad influye en Savigny, Eichhorn o Puchta es
la idea de Burke de la inserción de la libertad en
el tiempo y del espíritu en la naturaleza y no el au
ge de los estudios históricos impulsado por la es
cuela de Gotinga. La idea de que el derecho y las ins
tituciones políticas son el resultado de un enjuicia
miento de las experiencias felices en la historia de
los pueblos, funda la revalorización de la costumbre
y de la ciencia jurídica como método de conocimiento
del derecho, por oposición a la legislación estatal.

En unión íntima con la idea de historicidad
aparece una estimación de la idea de particularidad
nacional, debida igualmente a la influencia de la
filosofía contrarrevolucionaria de Burke. Las elabo
raciones de Savigny en sus escritos programáticos
preceden en varios años a las grandes manifestacio
nes de la historiografía alemana, precisamente por
la índole de sus fuentes inspiradoras, tributarias
en primera instancia de la crítica contra los exce
sos del iluminismo revolucionario. Esto permite esta
blecer vínculos no siempre destacados entre el ale

gato ético-político de los escritos programáticos y las elaboraciones propiamente técnico conceptuales contenidas en el Sistema (30).

La idea de Volksgeist se encuentra, sin duda, en este orden de ideas. Sobre la base de la idea del derecho como manifestación del espíritu popular, consagrada y desarrollada por los escritos programáticos, nacerá -como indica Koschaker- una ciencia del Derecho Común, obra de los pandectistas alemanes y concebida por ellos y por Savigny como una ciencia alemana del derecho, animada probablemente todavía por la antigua idea imperial. Cuando ésta logre su mayor índice de aproximación a la realidad europea del siglo XIX -en 1871- dicha ciencia habría sentado las bases definitivas para una codificación pensada sobre bases más científicas que políticas (31).

Los escritos de 1814-1815 asumen un tono de decididamente polémico. Configuran una declaración de principios y un programa de desarrollo científico del historicismo filosófico y jurídico. ¿"En qué relación -se pregunta Savigny al inaugurar el principal órgano de expresión de la escuela histórica del derecho- está el pasado con el presente, el devenir con el ser?" En la respuesta a este problema están delineados los rasgos fundamentales de la concepción historicista de la interpretación: "No se da ninguna existencia humana completamente individual y separada, antes bien, aquello que puede ser

considerado como individual, ha de mirarse, por otra parte, como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar a cada individuo, al mismo tiempo que como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado; cada período de la historia de un pueblo como la continuación de y desarrollo de edades pasadas "... no crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado" (32). Toda edad histórica debe reconocer, por consiguiente, algo dado, que es al mismo tiempo necesario y libre: necesario en cuanto no depende del arbitrio del presente; libre en cuanto tampoco es impuesto por una suerte de voluntad ajena, sino que nace de la esencia suprema del pueblo, como un todo que deviene en evolución constante. "La edad presente es también miembro de ese todo superior que en él y con él quiere y obra; así que lo que por el todo se produce, también puede decirse que es producido libremente por la parte" (33). Esta cita, de neta raíz panteísta e idealista, conduce a la esencia de la formulación historicista: "es, en rigor, completamente imposible el rechazar lo existente (gegeben), que nos domina de una manera fatal de suerte que, aunque podamos hacernos ilusiones sobre ello, no podemos variarlo" (34).

El traslado de esta afirmación al plano del derecho implica admitir que la materia del derecho es algo dado por el pasado y la tradición de un pue

blo; que es un producto de la historia y el genio nacional, según leyes inmanentes y necesarias de los organismos sociales. El derecho es, en esencia, algo determinado, al igual que el lenguaje, las costumbres, el arte o las instituciones de cada pueblo; vive y se manifiesta en la conciencia popular y sólo por una ficción o una hipótesis de la construcción científica puede llegar a distinguirse lo que en realidad es parte de un todo orgánico e indisoluble. La historia es el marco en que se manifiesta esta conexión íntima y orgánica entre el derecho y el modo de ser o carácter de un pueblo determinado. "El derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, es incluso esta misma evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano" -escribe Savigny, comparando el derecho con el lenguaje- (35). El derecho crece y se perfecciona con el pueblo; al perder éste su peculiaridad, no puede menos que morir; las instituciones, las normas y las costumbres son una manifestación vital del organismo comunitario.

La descripción del proceso de génesis y evolución del derecho esbozada en este segundo Savigny se distingue con claridad de las ideas sustentadas en la Juristische Methodenlehre. En un principio, el derecho vive y se manifiesta a través de lenguaje silencioso y ancestral de la costumbre, para ir alcanzando, de modo sucesivo, gra

dos crecientes de organicidad interna. Al avanzar la cultura -escribe Savigny- acontece un proceso de diferenciación funcional, en virtud del cual lo que antes se hacía en común por todo el pueblo, va recayendo paulatinamente en un estamento social especializado por su profesión. El derecho se hace así objeto de reflexión y dirección científica, al tiempo que nace el estamento de los juristas y, con éste, una especie de "doble vida" del derecho: una, como fragmento de la vida total de un pueblo, de la que no deja de tomar parte nunca; otra, como ciencia especial en manos de los juristas (36).

Nace aquí una distinción de importancia crucial para toda la teoría posterior: la existente entre un elemento político del derecho -definido por conexión del mismo con el espíritu popular y el dinamismo de la vida social- y un elemento técnico, referido a la vida científica y, en general, a la labor de los juristas (37).

Esta distinción se traslada, aunque con un sentido en parte diferente a otra de las grandes dicotomías legadas por Savigny a la ciencia jurídica posterior: el doble sentido de la labor del jurista, volcada por un lado hacia lo histórico y hacia la agudez peculiar de cada época para dar forma a las concreciones jurídicas y, por otro lado, hacia lo sistemático, donde cada concepto y cada institución son analizados en conexión con el sistema con

ceptual, es decir con el todo -"la única conexión que es verdadera y natural" (38)-.

En este orden de ideas viene a insertarse, asimismo una tercera distinción, de no menor influencia sobre el paradigma dogmático: la que cabe establecer entre la variedad de lo existente, entre lo vario simultáneo -referido al sistema real y objetivo de la propia realidad- y el dinamismo de dicha realidad, lo vario sucesivo -objeto del procedimiento histórico- (39). Estas son las dos dimensiones del método histórico-sistemático delineado por el historicismo. A partir de esta doble apertura a la realidad del derecho es posible una investigación que, partiendo de la variedad de lo existente, se oriente hacia su principio último de organización. Este no es otra cosa que el destino, naturaleza, necesidades y genio del pueblo. El dato positivo se ve así "transformado y espiritualizado" revelando el carácter sustancial y no meramente accidental de su individualidad, fundada en su pasado y reveladora, por tanto, de "ciertas direcciones universales y uniformes que podemos designar como el elemento filosófico de todo derecho positivo" (40). En esta línea de pensamiento, el método histórico se reencontra con la aspiración sistemática proveniente de sus raíces en el iusnaturalismo racionalista.

Paradójicamente, la crítica al racionalismo de la Ilustración encuentra en esta etapa del

pensamiento de Savigny sus perfiles más decididos. En su prólogo a la segunda edición de La Vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho (1823) Savigny insiste en su advertencia contra el error de quienes pretenden obtener de su crítica a la superficialidad filosófica del siglo XVIII una imagen antifilosófica. Sus ataques se limitan, explica, "a la desafortunada aplicación de la filosofía wolffiana a la ciencia del derecho y, en parte, a la influencia de filósofos populares posteriores" (41). Como es sabido, esta crítica de Savigny se desarrolla por cauces tan diversos como la crítica al iluminismo jurídico, al legalismo, al derecho natural de raíz racionalista y, en lo político, a las consecuencias de la revolución francesa.

En su alegato contra la codificación general en Alemania, estos motivos se presentan íntimamente ligados entre sí. Para la Vocación, la codificación es tributaria del espíritu de la filosofía del siglo XVIII. "En esa época -escribe Savigny- se hizo sentir en toda Europa un afán completamente ciego por la organización. Se habían perdido el sentimiento y el amor por la grandeza de otras épocas, así como por la evolución natural de los pueblos y las constituciones. En suma, por todo lo que la historia produce de provechoso y fecundo, en su lugar había aparecido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinada, nada menos, que a la manifestación efectiva de la perfección absoluta" (42).

Para Savigny, la Ilustración implica una síntesis entre un espíritu histórico y constructivista y la idea de que "todo derecho nace de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal su premo. La ciencia del derecho tienen por objeto exclusivo el contenido de las leyes". Dicho legalismo estatalista se apoya tanto en la idea de código, como en el modelo metodológico del racionalismo: "... el convencimiento de que hay un derecho natural o racional práctico, una legislación ideal, válida para todos los tiempos y para todos los casos que no tenemos más que descubrir a fin de completar para siempre el derecho positivo" (43). Como se ve, la concepción de la ley, de las fuentes del derecho en general y de su función en la sociedad no pueden estar más lejanas de las sostenidas en sus escritos de la primera época. Sobre esta nueva visión de las relaciones entre Estado y legislación pesa, muy probablemente, la experiencia del hecho revolucionario francés, en el que cobran expresión concreta los principios filosófico-políticos del iluminismo.

Para el romanticismo político que alienta en el fondo doctrinal de los escritos programáticos, la revolución francesa marca la alianza del racionalismo y el individualismo filosófico con los postulados democráticos. La doctrina de los derechos individuales se ve complementada por la idea de la ley como producto de la voluntad general. El movimiento hacia la libertad y la igualdad en el plano político marcha de modo paralelo al movimiento que, en el

plano jurídico, encuentra en la codificación una garantía para la uniformidad, la simplicidad y la claridad de las relaciones jurídicas. La revolución francesa trae consigo una exaltación de la idea de ley que aparece así como un instrumento de pedagogía social, de organización estatal y de disciplina social. Para Savigny, el intento de extender el modelo de la codificación francesa de 1804 a los territorios ocupados por los ejércitos imperiales es un ejemplo físico de la concepción universalista de la Ilustración en su fase revolucionaria. (44) El hecho de la conquista desencadenará en Alemania una vasta reacción política que, en el plano intelectual, se ve nutrida por dos elementos principales: por un lado, la exaltación de los ideales historicistas y románticos del nacionalismo germánico; por otro, la reacción contrarrevolucionaria de las fuerzas sociales y políticas opuestas a la revolución francesa, que encuentran en el nacionalismo una fuerza unificadora y fundante.

Todo ello tiende a configurar -como indica Catteneo- una situación paradójica, en la que la época revolucionaria, iniciada bajo la bandera del cosmopolitismo y los ideales universales de libertad, igualdad y fraternidad, termina dando origen al moderno nacionalismo político. Del mismo modo, la codificación, iniciada en nombre de un concepto racional y universal del derecho -superador, por tanto, de los particularismos locales que pertur-

ban la marcha de las instituciones hacia ideales de progreso indefinido- termina por fundar las bases jurídicas del Estado burocrático-autoritario posterior a la revolución. El nacionalismo político se ve complementado y apoyado por un nacionalismo político no menos virulento en sus manifestaciones. (45).

El alegato de Savigny acerca de la necesidad de una defensa de la peculiaridad del espíritu nacional germano y, al mismo tiempo, de todo el complejo de factores culturales, políticos y jurídicos que confluyen a la afirmación del Estado moderno. El método histórico-constructivo se erige en verdadera propuesta de organización social, basado en la idea de que el derecho y las instituciones son el resultado de la experiencia histórica nacional. Hay en la Escuela Histórica una afirmación de la tradición frente a la revolución; de las costumbres populares frente al principismo abstractizante de la idea rousseauiana de la ley; del espíritu y el temperamento nacional frente al cosmopolitismo ilustrado.

Es evidente que en esta segunda etapa de la evolución del pensamiento de Savigny las preocupaciones propiamente científicas se ven postergadas por una fuerte inquietud política. Los escritos programáticos de la Escuela Histórica tienden a proponer el cuerpo de tareas de la ciencia jurídica en una época de profundas transformaciones espirituales y sociales y, muy particularmente, una idea acerca del

papel del científico y de su ciencia dentro de dicho contexto. Aún así, son frecuentes las referencias a los problemas básicos de la metodología jurídica.

En principio, el método histórico-constructivo parte de una verificación del estado de crisis por la que atraviesa el saber científico de la época. Para Savigny, "el derecho no tiene existencia en sí, su ser es más bien la vida del ser humano contemplada desde un lado especial" (46). De esta constatación no puede menos que nacer una inclinación decidida del saber jurídico hacia los problemas de la praxis. "Si la ciencia jurídica se desliga de este su objeto -escribe en La vocación-, entonces la actividad científica podrá continuar su camino unilateral, sin ir acompañada siquiera de una correspondiente visión de las relaciones jurídicas; la ciencia jurídica podrá lograr entonces un alto grado de perfeccionamiento formal y carecer, sin embargo, de toda realidad propia" (47). En este programa -destinado a quedar frustrado precisamente en virtud de la debilidad de aquellas premisas filosóficas que, presentes ya en sus primeros escritos, se trasladarán prácticamente sin modificaciones al paradigma dogmático- es evidente una valoración de las excelencias del método romano, no en cuanto instrumento lógico-sistemático, sino en cuanto intento de resolución de la tensión teoría-praxis en el ámbito del derecho. Refiriéndose a los juristas romanos, comenta Savigny: "En cada precepto fundamental ven al mismo tiempo un caso de aplicación, y en cada caso litigioso, la regla que lo determina,

no pudiéndose menos que reconocer su maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general" (48).

Acaso quepa reiterar que en la actitud de Savigny hacia el problema de las relaciones teoría-praxis incide de modo decisivo la noción que del dato jurídico tiene. Este no es otra cosa que el corpus romanista elaborado por los comentaristas. Este no era otra cosa que un derecho de juristas, fuertemente enraizado en la práctica judicial germana y completamente diverso en su naturaleza y contenido a los códigos modernos o a las recopilaciones de leyes. Se presenta -como señala Koschaker- como una enorme masa de casos, de carácter eminentemente casuístico, como lo fue ya el método de los comentaristas en la confección de sus obras, si bien éstos, munidos del instrumental analítico y expositivo de la escolástica lograron dar a sus resultados un carácter crecientemente sistemático (49). Ya para Savigny es evidente que la base de los estudios romanísticos es la ciencia europea del derecho privado y no la práctica en sí del derecho romano. Esta última ofrecía al interprete una casuística sin orden o con antinomias, lagunas y dificultades que sólo el derecho de los juristas podía contribuir a remover (50).

En su crítica al código civil francés, Savigny cuestiona la supuesta plenitud hermética del mismo: "en el caso del Code contienen mezclados de una

manera simplemente mecánica los resultados de la Revolución y el derecho anterior, e incluso el derecho anterior no es en él nada homogéneo, puesto que se trata de una transacción entre el derecho romano y las coutumes, según se ha destacado frecuentemente co alabanza del mismo (51). Precisamente en ello se fun da, a juicio de Savigny, la necesidad de cuestionar la visión estrecha de la labor hermenéutica propuesta por la escuela de la Exégesis. Para dicha orienta ción, la integridad de los nuevos códigos confiere una seguridad mecánica en la administración de justi cia, puesto que el juez, relevado de su propio discernimiento, se debe limitar simplemente a la aplica ción literal de los textos, al tiempo que los códi gos se abstienen de toda consideración de peculiaridades históricas y sociales, en nombre de la univer salidad de sus presupuestos. El método histórico-cons tructivo propone una función diferente para el juris ta-intérprete, dado que éste pasa a ocupar el lugar de preeminencia que le otorga el hecho de ser una especie de conciencia calificada del pueblo. La interpretación no se diferencia así sustancialmente de la construcción científica, sino que profundiza en su objeto propio hasta la raíz, buscando los prin cipios orgánicos que subyacen a los preceptos y a las instituciones.

Por importante que pueda ser el giro dado por los escritos de 1814-1815 con respecto a las leccio nes de Marburgo en lo que al concepto general del de recho se refiere, es evidente que la teoría de la in

interpretación no experimenta modificaciones sensibles. El derecho continúa concibiéndose como una realidad preconstituida en las normas -bien sean estas legislativas o consuetudinarias-. La labor del científico y la labor del intérprete son sustancialmente idénticas, y sólo cabe apreciar diferencias de grado, surgidas más bien del hecho de que el análisis hermenéutico se desarrolla en niveles de menor abstracción que el análisis científico. La tarea de la interpretación consiste en penetrar en el sentido de la norma, superando el ámbito propio de la exégesis y procurando indagar en las raíces históricas del precepto y, a través de ellas, en los principios orgánicos que conducen al sistema. El lenguaje de la interpretación coincide con el de la ciencia en que su cometido final es la reconstrucción del sentido y, a partir de ello y en grados sucesivos de elaboración, la comprensión, la tipificación y la sistematización. Lo histórico y lo sistemático se presentan así en una especie de equilibrio inestable que se romperá, ya en la misma obra de Savigny, en favor de lo segundo. En ello, las soluciones de Savigny no responderán únicamente a la reiterada vocación sistemática de la ciencia jurídica moderna, sino a las propias premisas filosóficas adoptadas desde las lecciones juveniles de metodología. Ello será particularmente evidente veinticinco años después cuando, agotados los debates que vieron nacer a la Escuela Histórica, asuma la tarea de una sistematización madura y definitiva de su pensamiento.

4. Concepto y sistema

La etapa final del pensamiento de Savigny debe ser situada hacia 1840, año de publicación del primer volumen de su Sistema del Derecho Romano Actual, obra en la que culminan cuatro décadas de reflexiones metodológicas, bajo signos y orientaciones doctrinales y vocacionales diversas. En otra oportunidad, se ha caracterizado a esta etapa como de "retorno a las fuentes y preocupaciones del primer Savigny" (52). Desde el punto de vista de la teoría del método, el Sistema implica la maduración definitiva del método histórico-constructivo, ya definitivamente volcado hacia una orientación más generalizante, abstracta y sistematizadora. En lo que a la teoría de la interpretación se refiere, es el punto de cristalización definitiva del modelo de la hermenéutica historicista, con los perfiles con que se trasladará al paradigma dogmático.

A partir del Sistema, la aplicación de la perspectiva histórico-evolutiva de análisis a los materiales jurídicos determinará una forma peculiar de investigación, orientada hacia la "historia interior" de los preceptos e instituciones, que tendrá como resultado la conformación de la mayor parte de las categorías conceptuales de la dogmática iusprivatista (53). Los propios ingredientes históricos cobrarán el aspecto de los axiomas del sistema científico. A éste le interesa sobre todo la determinación en tér-

minos de verificación empírica de la génesis y desarrollo de "tipos institucionales"; lo propiamente histórico interesa en cuanto "objetivación" susceptible de una consideración generalizador. Desde esta perspectiva, el conocimiento científico del derecho queda supeditado, por una parte, a la posibilidad de conocimiento de su desenvolvimiento evolutivo y, por otra parte, a la posibilidad de que este conocimiento permita contar con objetivaciones verificables por procedimientos empíricos.

Ya desde su Prólogo, el Sistema anuncia la caducidad de los debates que acompañaron al nacimiento de la escuela histórica. Para Savigny, ha llegado el momento de la síntesis y del sistema. Ya la forma - del "Tratado" es un signo elocuente del papel desempeñado por la noción de sistema externo -en el sentido utilizado, entre otros, por Weber y Losano a que se ha venido haciendo referencia-. El presupuesto esencial del nuevo método de investigación jurídica -explica Savigny- es el de penetrar y poner en claro el lazo íntimo, las afinidades que existen entre todas las nociones de derecho, constituyendo su unidad" ... "seguirlas y observarlas en sus diferentes fases" ... "el orden seguido en la disposición de las diferentes materias está determinado, sin duda, por ese lazo íntimo cuya imagen debe aquél reflejar" (54). El sistema externo refleja al sistema interno del derecho; el orden de la exposición y disposición de la materia jurídica adoptado por el científico no es el resultado de ideas apriorísticas, sino una exigencia

que se impone al científico como fundada en la propia naturaleza de las cosas. El orden sistemático de las elaboraciones científicas responde al entramado orgánico de la propia realidad. La visión del científico viene desde el sistema y va hacia el sistema. Este es algo mucho más importante que un instrumento de la labor científica; es a la vez exigencia y resultado de una concepción general acerca del derecho y de su estructura, naturaleza y funciones.

En esta nueva concepción, el papel de la ciencia jurídica y de la interpretación es fundamental, ya que la actividad del científico, entendida como interpretación de la voluntad del pueblo, da consistencia objetiva al derecho popular y lo hace así apto para ser objeto de la legislación. Por otra parte, la ciencia vuelve sobre los productos de la actividad legislativa y, a través de su tarea de conceptualización y sistematización, lo torna apto como mecanismo de regulación efectiva de la vida social. La impronta sistemática se ve reafirmada en el prólogo al Sistema: "Conforme al objeto que me propongo, he adoptado la forma del tratado; pero como todo el mundo no está de acuerdo con la naturaleza de las condiciones que debe reunir un tratado general sistemático, debo entrar aquí en algunos detalles. En mi entender, la condición esencial de una obra de su clase es la de penetrar y poner en claro el lazo íntimo, las afinidades que existen entre todas las nociones de derecho constituyendo su unidad" (55).

El sistema es descubierto como racionalidad inmanente a la propia estructura de la realidad jurídica. Consecuentemente con las raíces idealistas de su pensamiento, Savigny concibe al derecho como una facultad o poder de la voluntad del individuo, cuya forma principal de manifestación tiene lugar en el seno de una relación jurídica, de la cual cada derecho no es nada más que una faz diversa, abstractamente considerada (56). "Cada relación de derecho -nos aparece como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña" (57). Todo el sistema jurídico se apoya en esta idea de relación. Nociones como la de derecho subjetivo y derecho objetivo sólo tienen sentido si se concibe a la primera como un aspecto parcial de la relación y a segunda como la expresión normativa de una institución -esto es, de un complejo de relaciones jurídicas abstractamente considerado-. El centro de gravedad de la idea de derecho es, no obstante su punto de partida para el análisis de la relación jurídica, la noción de orden, ya que el derecho objetivo -producto de la conciencia popular- es el presupuesto lógico y temporal del derecho subjetivo. La sistematicidad es un atributo de los materiales con que trabaja la ciencia del derecho. La idea de un orden de cierto modo "natural" proporciona la base para una ciencia objetiva mente fundada que adoptará para sí la pandectística alemana del siglo XIX y el paradigma dogmático en general.

Las proyecciones del modelo de actividad científica que queda fundado en los desarrollos metodológicos del Sistema comienzan a manifestarse ya en el análisis de Savigny acerca de la relación jurídica. Toda relación consta de dos elementos: un elemento material -la relación misma- y un elemento formal -la idea de derecho que regula dicha relación- El segundo es visto como un elemento plástico, que al otorgar a la materia de las relaciones sociales la fisonomía de lo jurídico lo ennoblece y otorga especificidad (58). La construcción sistemática "actual" encuadra los datos de la experiencia "pasada" -historia objetivada- y los torna así accesibles a la consideración de la razón científica.

La naturaleza orgánica de la relación jurídica se manifiesta en un doble sentido, igualmente relevante a efectos metodológicos: por un lado, por el modo como sus elementos se integran entre sí en el equilibrio interno de la relación; por otro, por el modo en que la relación se desenvuelve. Para Savigny, si se penetra "en la esencia de las cosas" (59) es posible reconocer que cada elemento de la relación jurídica se refiere a una institución que lo domina y que le sirve de "tipo". A su vez -y en un nivel superior- "todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema en donde se reproduce su naturaleza orgánica" (60). Esto es así precisamente porque el sistema es algo dado en la realidad, que la razón descubre como factor estructurante de la diversidad de la experiencia histórica.

Este carácter "natural" y ontológico del sistema queda asimismo de manifiesto al analizar la vinculación existente entre las relaciones jurídicas -relaciones de hecho, jurídicamente reguladas- e instituciones jurídicas -unidad orgánica de normas objetivas, reguladoras de relaciones de hecho-. La institución opera como un tipo objetivo, definidor, regulador y clasificador de relaciones fácticas. Esta concepción conduce naturalmente a la separación dogmática entre derecho -entendido como regulación general, abstracta e impersonal, asistido por la nota de coercibilidad- y vida -entendida como la realidad histórica por excelencia- Con ello queda definitivamente frustrado el programa del historicismo, originariamente orientado hacia una reconciliación de las categorías y procedimientos de la ciencia con las exigencias de la vida y la historia, y encerrado, en definitiva, en los moldes formalistas del paradigma científico del positivismo (61). Hay en las instituciones una parte estable y permanente -en cuanto formal- y otra parte móvil, circunstancial, cambiante -en cuanto material. La ciencia del derecho sólo es posible porque es saber acerca de lo formal; es, pues, ciencia formal, acorde con la naturaleza de los axiomas en que se basa y del sistema al que aspira como ideal cognoscitivo. (62).

La labor del jurista-intérprete consistirá en el análisis de la composición orgánica interna de la institución; de su dinamismo evolutivo y, en última instancia, de su inserción dentro de la totalidad

del sistema. "Cualquiera sea la distancia que separa una relación individual de derecho del sistema de de recho positivo de la nación, no existe entre ellos o tra diferencia que la de la proporción: el procedi - miento en virtud del cual llega el espíritu a conocer los es absolutamente el mismo" (63). La tarea que que da definida en consecuencia de lo dicho es, tanto en la ciencia como en la interpretación, de naturaleza e minentemente intelectual. El lugar científico de la interpretación, está en la construcción y no en el mo mento de la aplicación -o de la verdad práctica- La diferencia que la separa de la tarea constructiva y sistematizadora reside simplemente en el grado o nivel de abstracción en que se desarrolla.

No por ello queda el intérprete reducido a la función mecánica propuesta por la escuela de la Exé - gesis, ya que su cometido tiene la riqueza y diversi dad de la actividad científica. El intérprete recrea la estructura orgánica de las relaciones jurídicas. "Esta reconstrucción viva del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la prác tica y distingue su noble vocación del simple meca - nismo que la ignorancia le atribuye" (64). Para el intérprete, la parte -con la que se pone en contacto en el acto interpretativo- cobra sentido con la comprensión de su referencia al todo. Lo sistemático prima sobre lo histórico, pero en un sentido que rom pe con la tradición de la idea de sistema heredada del racionalismo: la ciencia no construye un sistema u ordenamiento racional de la materia que considera,

sino que reconstruye y recrea un sistema empíricamente
verificable en la propia realidad histórica.

5. Construcción e interpretación

El análisis de los diversos momentos de la teoría del método y de la interpretación jurídica en la obra de Savigny ha contribuido a poner de manifiesto la presencia decisiva de la concepción historicista de la hermenéutica en el paradigma científico de la dogmática. Hay en Savigny una presencia recurrente de temas y motivos inspiradores que permite hablar, por sobre diferencias de matiz, de una unidad última de sus supuestos y conclusiones metodológicas más importantes. Se trata de ideas que en una primera etapa muestran aún influencias filosóficas del idealismo, a las que se van incorporando de modo paulatino factores provenientes de la visión historicista en las diversas ciencias humanas. En el Sistema, obra en síntesis y conclusiones definitivas, Savigny retorna a sus preocupaciones primigenias por la relación entre teoría y praxis en la ciencia del derecho. Ello se concretará en su elaboración del problema de la interpretación, desarrollada a lo largo del cap. IV del primer volumen de la obra, que pasará a constituirse en modelo hasta hoy indiscutido de la dogmática jurídica.

5.1. Concepto de interpretación

En el párrafo XXXIII del Sistema, Savigny concibe a la interpretación como el proceso de asimilación de las fuentes que subyace necesariamente

a todo acto de aplicación -sea esta científica, judicial o privada. En la línea de desarrollos anteriores, el derecho aparece como una realidad de cierto modo exterior al quehacer científico, proconstituida al intérprete y a su circunstancia, cuyo sentido es necesario desentrañar a través de un acto intelectual que, por su importancia, se erige en principio y fundamento de la ciencia del derecho (65).

El objeto de esta operación intelectual es el "reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos, la ley sometida al criterio de nuestra conciencia debe aparecer como verdadera" (66). La actividad interpretativa resulta indispensable para "toda aplicación de la ley a la vida real" (67) y su legitimidad es, por tanto, inherente a dicha necesidad permanente, con independencia de la claridad u oscuridad de la ley. Por la propia naturaleza de sus funciones, el juez está obligado "a dar sentido a la ley más oscura", del mismo modo que lo está respecto a los hechos sometidos a su decisión, por complejos u oscuros que puedan ser.

Este carácter de necesidad queda subrayado por la propia naturaleza de la ley. Para Savigny, ésta tiene por finalidad fijar una relación de derecho a través del pensamiento "que pone a esta relación al abrigo del error o la arbitrariedad" (68), resultado que en la práctica sólo puede ser asegurado

mediante una percepción acabada y completa del es
píritu de la ley. En función de esta opción, la
interpretación podrá ser definida como la "recons
trucción del pensamiento contenido en la ley" (69),
con el objeto de lograr el conocimiento cierto y
completo que la misma supone para el mejor logro
de su finalidad. Es significativo el hecho de que
en, una nota a este texto, Savigny aclare que la
palabra pensamiento -al igual que sentido- alude
demodo directo a la parte intelectual de a la ley,
y evita la equivocidad propia del término finali
dad, referible tanto a la finalidad específica de
la ley, como a las finalidades mediatas que concu
rrieron en el momento de su promulgación. En este
sentido, recoge la acepción tradicional en la teoría
hermenéutica de la voz explicatio, por la cual en
tiende "la explicación completa de lo que el texto
contiene" (70). El cometido de la interpretación
consiste en obtener de cada ley la mayor instruc
ción posible, para lo cuál debe ser a la vez indi
vidual y fecunda en sus resultados- Se trata -escri
be en expresión repetida por toda la tradición pos
terior- de "reproducir en nosotros mismos la opera
ción intelectual en virtud de la cual se determinó
el pensamiento de la ley", a la vez que se conside
ran los hechos históricos y el sistema entero del
derecho para ponerlos en inmediata relación con el
texto que tratamos de interpretar" (71).

5.2. Caracteres de la actividad interpretativa

De acuerdo con lo expresado, la actividad interpretativa cobra ciertas características propias igualmente asumidas por el paradigma dogmático.

En primer lugar, la interpretación configura un acto de naturaleza intelectual, debido precisamente a la naturaleza de su objetivo propio, que es la ley, entendida como pensamiento objetivado. Su finalidad es, como se ha dicho, "la ley en su verdad", el sentido de un pensamiento. La interpretación se dirige, por tanto, no a situaciones sino a normas: procura determinar el pensamiento de la norma y no la "justicia" de lo normado; se refiere a la verdad de las formas y no a la finalidad de la materia que da contenido a cada situación concreta. Lo que se interpreta está antes de la decisión y es misión del intérprete recrearlo en el marco del caso. El acento queda así puesto en la interpretación-actividad y no en la interpretación-producto, ya que ésta queda, como veremos, indebidamente asimilada a la aplicación, merced al principio de que todo acto de aplicación implica un acto de interpretación.

En segundo lugar, se trata de una actividad necesaria y permanente debido, en primer lugar a que las diversas formas de aplicación suponen una actividad común a todas ellas, consistente en la determinación del sentido de la norma; por otra parte,

todo acto de comprensión o de conocimiento de la norma, o del sistema dentro del cual la misma se inserta, supone un acto de interpretación. De hecho, la asimilación de ambos momentos hermenéuticos no es total, ya que si bien todo acto de aplicación supone un acto de interpretación, no todo acto de interpretación supone a su vez un acto de aplicación (72). Esa característica es especialmente relevante en sus proyecciones puesto que adscribe la noción historicista de la interpretación a la idea del derecho como ordenamiento sistemático de preceptos, en el que cada fragmento del mismo reconoce su sentido propio con referencia a la totalidad en que se inscriben.

En tercer lugar, la concepción historicista de la interpretación circunscribe el campo de la misma al ámbito exclusivo de la ley. La actividad del intérprete se sitúa en el interior del sistema y mira hacia el interior del mismo. Esta característica funda la distinción y separación dogmática entre interpretación y aplicación, que asimila la primera al terreno de las actividades reflexivas de la ciencia -con diferencias de grado o proporción- y la segunda al ámbito de la voluntad o de aquellos actos sólo justificables en función de consideraciones extra racionales, no científicas y referibles a la ideología del jurista-intérprete. De allí la idea de la interpretación como tarea científica, primer peldaño y condición de posibilidad de la construcción científica (73).

En cuarto lugar, las conclusiones procedentes suponen la noción de que la actividad interpretativa se orienta exclusivamente hacia el derecho en cuanto positivamente dado, lo cual, convierte a la interpretación-producto en algo que de alguna manera ya está previsto por el sistema. El cometido de la interpretación se concibe así como una explicitación del sentido de esa previsión objetiva. Toda investigación acerca del aspecto teleológico del acto interpretativo o sobre la verdad práctica del acto de decisión queda formalmente excluida del campo de la interpretación. La interpretación es obra de la ciencia, y de acuerdo con este paradigma deben concebirse sus instrumentos, funciones y objetivos propios. Los aspectos valorativos, preceptivos o políticos de la decisión corresponden al terreno de la aplicación particular, y acerca de ésta no cabe hablar, de ciencia en sentido estricto. Esto explicará que en su tratamiento de los tipos de interpretación -auténtica o legal, judicial y doctrinal- Savigny niegue a la primera el carácter de verdadera interpretación e incluya a la segunda dentro de la interpretación doctrinal, todo ello en función de los principios a que se ha hecho referencia (74). Idénticas consideraciones regirán las soluciones propuestas por el Sistema al problema de las lagunas y de la analogía.

5.3. Estructura de la actividad interpretativa

El párrafo XXXIII aborda de lleno el núcleo de la concepción historicista de la interpretación, Desde esta perspectiva, la hermenéutica jurídica no reconoce diferencias sustanciales con la hermenéutica filológica. "La interpretación de la ley -afirma en este sentido Savigny- en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología" (75). Sólo es menester tener en cuenta las peculiaridades que, en función de su materia propia, introduce la aplicación de las diversas operaciones o partes constitutivas de la interpretación jurídica. Dichas operaciones -o elementos- se disponen del modo siguiente (76): el elemento gramatical tiene por objeto el lenguaje de las leyes; "las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento". El elemento lógico consiste en la descomposición del pensamiento o de las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El elemento histórico tiene por objeto "el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada. El elemento sistemático procura determinar el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad y, a través de ellos, explicar la acción ejercida por la ley sobre el sistema y el lugar que la misma ocupa dentro de éste.

Para Savigny, el estudio de estos cuatro elementos "agota el contenido de la ley" (77) y acota el campo de la interpretación. Se trata de momentos diversos de un mismo proceso, cuya unidad reproduce la unidad intrínseca del sistema jurídico: la unidad de lo vario simultáneo y lo vario sucesivo; de lo técnico y lo político; de lo histórico y lo sistemático.

Aún así, es necesario notar que la apelación al sentido histórico o al sentido de la situación originaria de la ley no incluye el estudio de los motivos e intención del legislador, debido precisamente a que "la interpretación tiene por objeto dar nos la conciencia de la ley; todo lo que no pertenezca al contenido de ésta, cualquiera que sea por otra parte su afinidad con dicho contenido queda, rigurosamente hablando, extraño al objeto de la interpretación" (78). La fuerza obligatoria de la ley en nada disminuye por el hecho de que el intérprete ignore los motivos reales que motivaron promulgación. En cuanto "hechos subjetivos" (79) resultan científicamente irrelevantes.

Como puede observarse, la determinación de un criterio exclusivo y excluyente de relevancia científica como el expuesto tampoco permite la inclusión de los fines prácticos del acto interpretativo dentro de una teoría general de la interpretación. Esto puede advertirse, una vez más, al analizar los

diversos momentos del acto interpretativo. Al referirse a aquellas normas que ya sea por su indeterminación o por su impropiedad expresiva requieren una dilucidación por vía interpretativa, explica Savigny que la primera operación a considerar consiste en el "análisis de la legislación en su conjunto" -es decir, en la investigación sistemática- En subsidio, procede considerar los motivos, siempre y cuando éstos se presenten con un grado apreciable de certidumbre y relevancia. Por último, puede resultar necesaria una apreciación del resultado obtenido, que "es de todos los medios de interpretación el más aventurado, pues el intérprete corre el riesgo de excederse en sus poderes y entrarse por el dominio de la legislación. Se deberá emplear y recurrir a ella- afirma de modo tajante Savigny- para precisar el sentido de una expresión indeterminada, y nunca para referir el texto al pensamiento de la ley" (80).

Esta referencia incidental -y, por otra parte obligada- a la interpretación-producto, tiende a remarcar una vez más la separación entre interpretación y aplicación, a la vez que limita la primera a una función puramente teórica-cognoscitiva. Asimismo, vuelve a plantear la dependencia fundamental de la teoría de la interpretación respecto a la idea historicista de sistema. En este sentido, el parágrafo XLII del Sistema, dedicado a la consideración de las antinomias, cierra el círculo del paradigma

utilizado, proponiendo algunos de los posibles alcances de la idea de ordenamiento, de su plenitud hermética y de lo que posteriormente se denominará "fuerza de expansión lógica" del sistema científico y de los conceptos que lo componen. "La reunión de las fuentes -explica Savigny- constituye una vasta unidad, destinada a regular todos los hechos que se verifican en el ámbito del derecho (81). Es por ello que la labor del intérprete debe ser concebida como construcción científica, según el modelo que se intenta formular en la teoría de las instituciones. La ciencia presenta así una "fuerza orgánica" (82), que se manifiesta en todos los dominios de su actividad: desde la teoría de la interpretación hasta la construcción del sistema. Las reglas para la solución de antinomias expuestas en el Sistema no parecen otra cosa que una aplicación de las operaciones interpretativas al sistema, considerando que su unidad y universalidad reproducen la plenitud hermética que a su vez ostentan las propias leyes singulares en sus materias respectivas. "La universalidad del derecho -precisa Savigny- es tan esencial como su unidad" (83). El sistema jurídico se autoalimenta, merced a un dinamismo orgánico interior que lo acompaña en todas sus manifestaciones.

Surge aquí la misión especial de la analogía, cuya base no es otra cosa que la "consecuencia interior del derecho", "la unidad interior del derecho",

la "unidad orgánica del sistema", "el encadenamiento interior y necesario del derecho", la "fuerza orgánica y creadora del derecho normal", expresiones todas que sugieren el condicionamiento filosófico profundo de las técnicas propuestas.

5.4. Interpretación y creación del derecho

En una relación de estricta consecuencia con los modelos de la hermenéutica historicista, Savigny afirma la distinción radical entre interpretación y creación judicial del derecho. Sus razones argumentales servirán también al cuerpo doctrinal de la dogmática, y se refieren, en general, a la necesaria "función estabilizadora del derecho" (Bobbio). "El intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley, su realidad misma y no su apariencia, se coloca por encima de la ley y desconoce los límites de sus poderes" (84). A este primer motivo, de índole filosófico-política, viene a sumarse una consideración relativa a la propia noción de derecho asumida por el Sistema: "La incertidumbre que generalmente tenemos sobre el móvil verdadero de la ley, los numerosos errores a que esta incertidumbre nos expone, harían completamente arbitraria la interpretación e inferirían un mortal ataque al principio saludable de la fijeza de las leyes" (85). Puede suceder -ejemplifica Savigny- que una multitud de ideas intermedias, distintas al motivo de la ley, haya determinado al legislador a extender o restringir el contenido

de la misma separándole sin inconsecuencia del método principal; y esta consideración debe poner en guardia contra las apariencias de lógica rigurosa que dicho método presenta.

Las consideraciones que anteceden deben ser evaluadas dentro del contexto de las críticas de Savigny a las doctrinas predominantes en la época que, como una reacción germinal contra el historicismo, pregonaban una distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica-entendiendo por ésta la referida al fin o a los motivos de la ley- La doctrina expuesta en el Sistema propugna, por el contrario, la asimilación conceptual y práctica de ambos aspectos diversos, sino momentos distintos de un proceso unitario que involucra necesariamente lo gramatical y lo lógico, como aspectos del sentido de las palabras. Savigny advierte -y no sin razón- que en la dicotomía en cuestión lo que se pretende es abrir un camino para la libertad del intérprete frente al texto, procurando una legitimación suficiente a través de la investigación de los motivos. La idea central de la hermenéutica historicista es la de cerrar el círculo de la actividad interpretativa a la presencia de cualquier tipo de factores extranormativos. La apelación a los motivos puede cumplir funciones extensivas o restrictivas del alcance objetivo de la ley, pero lo cierto es que en tal caso debe hablarse de "desenvolvimiento progre

sivo del derecho" y no de interpretación. El recurso a la interpretación extensiva o a la analogía es, para Savigny, insuficiente puesto que el método finalista no contempla el caso de falta de una regla expresa acreca del caso concreto, sino, por el contrario, el de existencia de tal regla.

Las soluciones ofrecidas por el Sistema conducen, en un sentido general, a una resolución de la tensión entre lex e interpretatio que ocupa al pensamiento jurídico desde comienzos del siglo XVIII (86). Estos conceptos no deben ser entendidos -a juicio de Tarello como dos entidades situados en planos diversos- al igual, que las ideas actuales de "ley" e "interpretación de la ley", donde la segunda cumpliría una suerte de función instrumental respecto a la primera. En realidad, hasta el siglo XVIII y entrado el XIX, lex e interpretatio significan dos cuerpos de materiales normativos diversos e independientes en su naturaleza y características. Por lex se entiende la intervención legislativa del soberano -por ejemplo- el Corpus Iuris, las costumbres en cuanto producto decantado y cristalizado de la tradición popular, etc.-; por interpretatio se entiende la expresión normativa de las decisiones de los tribunales o peritos, en los casos de ausencia de ley aplicable al caso, y fundada, por tanto, en razones u opiniones con fuerza de autoridad (81) A partir del historicismo, la solución a esta dicotomía sólo será concebible en

términos de subordinación de una instancia a la otra.

De esta manera, en tanto que en la Europa continental se impondrá una jerarquía de fuentes en cuyo nivel más alto se sitúa a la expresión - de la voluntad del soberano (lex, codificación, constitución, etc.), en Inglaterra dicha jerarquía reconocerá la primacía de los precedentes judiciales. En la base de ambos ordenadores es posible - apreciar la presencia de la idea del sistema y la noción de la verdad concebida en términos de certeza; en ambos se configuran cuerpos de soluciones-antinómicas al problema de la certeza y de la función estabilizadora del derecho. En tanto que el primer sistema desembocará en la idea codificadora, el segundo lo hará en las críticas al derecho científico a la codificación. Todo el Sistema de Savigny puede ser visto como un eco de esta cuestión, en sus diversos niveles y aspectos, e implica la - primera gran fundamentación teórica de la idea de ordenamiento jurídico como lex. La teoría de la - interpretación que queda allí esbozada tiende a - acentuar la idea de interpretación-actividad por - oposición a la de interpretación-producto, precisamente porque su concepción filosófica subyacente - concibe al derecho como un producto dado, cerrado en sí mismo, cuyo sentido -ambiguo como la propia naturaleza del lenguaje de que se vale para objetivarse en la experiencia- debe ser necesaria y - constantemente explicitado a través de la interpretación.

NOTAS

(1) ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, cit. p. 63.

(2) Así, como ej. de esta visión hasta cierto punto ingenua del problema, COING, H: Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia. Trad. R. Hartman y J.L. González. México, 1959 y STROMHOLM, S: Lo sviluppo storico dell'idea di sistema, en RIFD, fasc. III (1975). pp. 468 y ss.

(3) Voz "Sistema" de su Dictionnaire philosophique, Cit. por GUSDORF, G: Les principes de la pensée au siècle des lumières. Paris, 1971, pp 263 y en general, 257-280.

(4) Así, LOSANO, M: Sistema e struttura nel diritto, Cit. p. 40.

(5) HENNIS, W: Politik und praktische Philosophie, en su Politik und praktische Philosophie, cit. pp. 102-103

(6) Para una exposición más amplia, cfr. HENNIS, W: Op-Cit. cap. VI; VIEHWEG, Th. Tópica y jurisprudencia. Trad. L. Díez Picazo. Madrid, 1964; VALLET DE GOYTISOLO, J: La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico, Madrid, 1976; LEGAZ LACAMBRA, L: Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica en AFD, XVIII (1975), pp. 1-36; RECASENS SICHES, L: Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico, 1956; VILLEY, M: Critique de la pensée juridique moderne (Douze autres essais). Paris 1976, pp. 5-17 y 85-103 y Philosophie du droit. Vol II. Les moyens du droit. Paris, 1979, pp. 53 y ss.

(7) VILLEY, M: Critique de la pensée juridique moderne, Cit. p. 141.

(8) VILLEY, M: Op. Cit. pp. 140-144.

(9) LOSANO, M: Op. Cit. pp. 107-108.

(10) GUSDORF, G: Op. Cit. p. 271.

(11) GUSDORF, G: Op. Cit. p. 280 y MARINI, G: L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco Milán, 1969, pp. 30 y ss.

(12) ZULETA PUCEIRO, E: Op. cit. pp. 66-67 y Hermenéutica jurídica e historicismo, cit. p. 680; Un panorama general, en DROZ, J: Le romantisme allemand et l'Etat. París, 1966; ENGEL-JANOSI, F: The intellectual background of Savigny, en Seminar catholic University of America, p. (19-17). GONZALEZ VICEN, F: La Escuela Histórica del Derecho, en ACFS, 18/19 (1978-79) pp. 1-48; especialmente documentado, FIKENTSCHER, W: Methoden des Rechts, cit. vol. III, pp. 37-51. La posición acerca de la filiación romántica de Savigny ha sido sostenida en España por HERNANDEZ GIL, A: Metodología de la ciencia del Derecho. Madrid, 1971, vol I. pp. 89 y ss; URDANOZ, T: Historia de la filosofía. Madrid, 1975, vol. IV, p. 282 y ELIAS DE TEJADA, F: Tratado de filosofía del derecho, Sevilla, 1977, Vol. II, pp. 29 y 563.

(13) WIEACKER, F: Historia del derecho privado en la Edad Moderna, Trad. F. Fernández Jardón. Madrid, 1957, pp. 337-339. A. Dufour anota la convergencia en la Escuela Histórica de elementos diversos como un cierto neo-humanismo jurídico, de raíz romanista y europea, en la línea de la escuela histórica francesa del siglo XVI -reiteradamente reconocida por Savigny como inspiradora de sus propios desarrollos-, unido a un romanticismo jurídico germanista y nacional -democrático y a influencias puntuales como la historiografía de la escuela de Gotinga -Putter y Möser-, la influencia del empirismo de Thomasius y su escuela, el humanismo de la Jurisprudencia Elegante y en general el clima espiritual del romanticismo filosófico y literario. Cfr DUFOUR, A: Droit et langage dans l'Ecole Historique du Droit, en APD, XIX (1974), p. 155 Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique, en APD, 23 (1978), pp. 148-159.

(14) Von der Poesie im Recht, cit. por DUFOUR, A: Rationnel et irrationnel dans L'Ecole du droit historique, cit. p.165.

(15) DROZ, J: Op-cit. p. 19 y ZULETA PUCEIRO, E: Hermenéutica jurídica e historicismo, cit. p. 681.

(16) Como es sabido, la Juristische Methodenlehre es editada, a partir de apuntes de J. Grimm por G. Wesenberg, en 1951.

(17) MARINI, G: Savigny e il metodo della scienza giuridica. Milán, 1966, p. 43.

(18) MARINI, G: Op. Cit. p. 43

(19) En contra, LOSANO, M: Op. Cit. pp. XXVI y 213-214.

(20) SAVIGNY, Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm. Stuttgart, 1951. Se utilizará la trad. cast. de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires, 1979, p. 12.

(21) MARINI, G: Op. Cit. p. 74

(22) SAVIGNY, Op-Cit. pp. 1, 38 y 31.

(23) MARINI, G: Op. Cit. p. 81.

(24) SAVIGNY, Op. Cit. p. 14.

(25) Sobre el marco cultural, MARINI, G: Op. Cit. p. 99 y FIKENTSCHER, W: La concepción de la historia y del sistema en Savigny, en ACFS, 18/19 (1978-79), pp. 49 y ss.

(26) DUFOUR, A: Op. Cit. p. 162.

(27) Idea desarrollada por Schelling en Ideas para una filosofía de la naturaleza (1796) y El alma del mundo (1797). Cfr, la exposición de DROZ, J: Op. Cit. pp. 44-46.

(28) SCHLEIERMACHER, F: Monólogos. Trad. R. Castilla. Buenos Aires, 1974, p. 55.

(29) DUFOUR, A: Op. Cit. p. 162. La influencia de las ideas de Hegel sobre este punto ha sido estudiada con acierto por ORESTANO: Introduzione storica allo studio del diritto romano, cit, p. 212 y SCHILD, W: Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie, en ACFS, 18/19 (1978-79), pp. 290 y ss.

(30) La tesis de DUFOUR, A: Op. Cit., pp. 163-164 sobre el punto es compartida por MARINI, G: Op. Cit. pp. 60-61. Dicha idea acerca de la prelación de fuentes doctrinales de Savigny encuentra sólidos apoyos desde el punto de vista

de un análisis cronológico. Es de atender, sin embargo, la crítica de DROZ, J Op. Cit. pp 35-36, aunque los estudios disponibles hasta el momento distan de ser exhaustivos.

(31) KOSCHAKER, P: Europa y el derecho romano, Madrid, 1955, pp. 407. y 408.

(32) SAVIGNY, Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica, en la Escuela Histórica del Derecho, Documentos para su estudio. Trad. R. Atard. Madrid, 1908, pp. 13-14.

(33) SAVIGNY, Op. Cit. p. 14.

(34) SAVIGNY, Op. Cit. p. 14.

(35) "Mientras no tengamos conciencia de nuestra conexión individual con el gran Todo del mundo y su historia -escribe Savigny- tenemos que ver muchas ideas bajo una falsa luz de generalidad y neutralidad". Cfr. De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho, en THI-BAUT-SAVIGNY: La codificación. Trad. J. Díaz García. Madrid, 1970, p. 134.

(36) SAVIGNY. De la vocación, cit. p. 56.

(37) De la vocación, cit. p. 57.

(38) De la vocación, cit. p. 83.

(39) SAVIGNY: Recensión del libro de N. Th Gönner sobre Legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo, en La Escuela Histórica, cit. p. 52. El análisis de estas categorías en Savigny ha permitido a HERNANDEZ GIL establecer paralelos sugestivos con los planteamientos contemporáneos de Saussure y Hjelmslev. Cfr. Metodología de la ciencia del derecho. Cit. vol. II, pp. 223-233 y 240 y ss.

(40) SAVIGNY, Recensión, cit. p. 53.

(41) Recogido en el vol. La Codificación, cit. p. 228.

(42) De la vocación, cit. p. 5.

(43) De la vocación, cit p. 53.

(44) Cfr. ZULETA PUCEIRO, E: Razón y Codificación, en Anuario de Derecho Civil (1977) p. 569 y ss; DROZ, J: Op. Cit. pp. 216-219; SCHNEIDER, G: Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus, en ARSP, LVIII/2 (1972) pp. 267 y ss; WILHELM, W: Metodologia giuridica nel secolo XIX, Milán, 1974, pp. 37 y ss; VOLPE, G: L'ingiustizia delle Leggi, cit. cap. II. y, en general, para una visión del momento histórico de la reacción contra las ideas revolucionarias francesas, BRUNSCHWIG, H: Enlightenment and romanticism in Eighteenth Century Prussia. Chicago, 1974, espec. pp. 164-174 y 223-232, y el importante RIEDEL, M: Hegel fra tradizione e rivoluzione. Bari, 1975, pp. 91-121.

(45) CATTANEO, M: Iluminismo e Legislazione. Milán, 1966, p. 168.

(46) SAVIGNY, De la vocación, cit. p. 70.

(47) SAVIGNY: De la vocación, cit. p. 70

(48) SAVIGNY: De la vocación, cit. p. 71

(49) KOSCHAKER, P: Op. Cit. pp. 111, 113 y 243.

(50) Cfr. VILLEY, M: La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science juridique, en Critique de la pensée juridique moderne, cit. p. 145.

(51) SAVIGNY: De la vocación, cit. p. 103.

(52) ZULETA PUCEIRO E: Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, cit. p. 78.

(53) Para una valoración de este aspecto del historicismo WILHELM, W: Op.Cit. pp. 29-31 y PARADISI, B: Apologia della storia giuridica. Bolonia, 1973, pp. 52-67.

(54) SAVIGNY, Sistema, cit. I, pp. 53-54.

(55) Sistema, Cit. I. p. 53.

(56) Sistema, Cit. I. p. 65 y ORESTANO, R: Op. Cit. 223.

(57) Sistema, I. p. 228.

(58) Sistema, I, p. 258 y ORESTANO, R: Op. Cit. p. 436.

(59) Sistema, I, p. 66.

(60) Sistema, I, p. 67. Asimismo, el texto de p. 229 referente al tratamiento de las antinomias en el derecho romano.

(61) WILHELM, W: Op. Cit. p. 53; GONZALEZ VICEN, F. Sobre el positivismo jurídico, en Estudios de filosofía del derecho, cit. espec. pp. 178-182.

(62) Sistema, I, p. 258.

(63) Sistema, I, p. 67. Se ha comentado el alcance de este pasaje en ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, cit. p. 79, utilizando la imagen del sistema como macro-relación. Ello es criticado por HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: La noción de sistema en Savigny, en SQUELLA, A (ed) Savigny y la ciencia del derecho, cit., vol. I, p. 367, con argumento sugestivo aunque restringido en su alcance por el juego de palabras.

(64) Sistema, I, p. 66.

(65) Sistema, I, p. 183.

(66) Sistema, I, p. 184.

(67) Sistema, I, p. 184,

(68) Sistema, I, p. 187.

(69) Sistema, I, p. 187.

(70) Sistema, I, pp. 187 y 189.

(71) Sistema, I, p. 188.

(72) Sobre las proyecciones de ello, TARELO, G: Orientamenti analitico-linguistici e teoria della interpretazione, recogido en Diritto, enunciati, usi, cit. pp. 409 y 411.

(73) Sistema, I, p. 183.

- (74) Sistema, I, p. 184-185
- (75) Sistema, I, p. 187.
- (76) Sistema, I, p. 187.
- (77) Sistema, I, p. 188.
- (78) Sistema, I, P. 189.
- (79) Sistema, I, p. 189.
- (80) Sistema, I, p. 193.
- (81) Sistema, I, p. 215.
- (82) Sistema, I, p. 215.
- (83) Sistema, I, p. 231.
- (84) Sistema, I, p. 250.
- (85) Sistema, I, p. 251.
- (86) Cfr. la síntesis de TARELLO, G: Storia della cultura giuridica moderna. Bologna, 1976, vol. 1, pp. 67-69
- (87) TARELLO, G: Op. Cit. p. 68 y ZULETA PUCEIRO, E: Hermenéutica jurídica e historicismo, cit, p. 705, nota 104.

CAPITULO . III

LA CONSOLIDACION DEL POSITIVISMO

1. Los componentes del espíritu positivo

En su ensayo sobre Ihering nota con acierto E. Wolf que el positivismo es un fenómeno curioso, ya que para comprender su esencia hay que decir lo que no es. El positivismo -observa- no fue, por lo pronto, un movimiento cultural creador, y sobre todo en el caso de Alemania, se presenta más bien como una especie de etapa preparatoria de algo distinto y superior. Desde este punto de vista, cabe avizorar al positivismo como un momento de transición que está lejos de significar una interrupción en la tradición científica o una revolución en el campo -de la vida social. No por ello debe verse -matiza Wolf- como una época de paralización intelectual, ya que sin llegar a una síntesis de conjunto, al menos significó una serie de resultados parciales, regidos en general "por el ideal, poco comprometedor aunque abultado, de una formación a base de saber especializado y pericia técnica" (1).

El juicio de Wolf ha recibido una aceptación generalizada por parte de la crítica posterior, aún

cuando, confrontado con los datos históricos, obligaría a ciertas precisiones de fondo. En principio, acierta en ver en el nuevo espíritu positivo una línea de continuidad con la tradición científica de la modernidad, y en esto se opone a una opinión vastamente difundida que tiende a ver en el positivismo una ruptura radical con el saber precedente, representado por el iusnaturalismo y la ilustración. Cede, en cambio, a la tentación de la imágen progresista, al juzgar sus resultados desde un criterio superior implícito como podría ser el de la cons-trucción del positivismo legal de este siglo. Lo que importa destacar de la visión expuesta es la i-dea de que, con el advenimiento de la actitud científica del positivismo, la dogmática logra la consolidación definitiva de ciertos presupuestos teóri-cos fundamentales, que venían incorporándose al corpus de la ciencia a través de un lento proceso evolutivo abierto desde la modernidad.

A la altura del Savigny maduro, el fracaso del programa metodológico del historicismo resulta evidente. No obstante el mismo no exhibe la profundidad con que ha solido verse por parte de quienes consideran que el núcleo temático de dicho programa está constituido por las tesis del Savigny en sus escritos programáticos. Desde la perspectiva esbozada en las páginas anteriores, parece seguro que a partir del historicismo el saber jurídico queda estructurado de modo definitivo como una ciencia de hechos, formalmente desinteresada por el problema -

del sentido de los mismos. Este aspecto estaría a cargo de una filosofía encubierta y de contenidos mínimos que se incorpora al paradigma dogmático a partir de Ihering.

Para Wolf, "el positivismo hizo de la mentalidad científico-naturalista una filosofía, tratando de aplicarla a todos los campos de la vida espiritual, política y moral. Al hacerlo y, consecuentemente, reducir la historia universal a un pedazo de historia natural, el positivismo adquiere aquel contenido del que deriva su nombre. Sin ello, no sería otra cosa que un fenómeno de decadencia en el seno de la cultura occidental, envejecida, madura y cansada" (2).

Frente a la apertura metodológica propia del ethos cultural del historicismo, el centro de la nueva actitud consistirá en la profesión de un monismo metodológico, para el que la idea de la unidad del método científico por sobre la diversidad de objetos temáticos en la investigación científica viene asegurada por la consideración del paradigma de las ciencias empírico-lógicas y de su teoría de la explicación científica como criterio de desarrollo ideal.

Como sugiere Wieacker, la Escuela Histórica se apartó tempranamente del concepto de evolución y de la teoría del espíritu del pueblo. Sus trabajos

históricos se canalizaron principalmente hacia la elaboración de la idea de sistema científico en el ámbito jurídico, y su expresión más significativa - en este aspecto fueron los tratados de la Pandectística. (3). A partir de este momento, y consecuentemente con el programa propuesto por el Sistema, la ciencia pasa a ser, ante todo, ordenación sistemática de conceptos, "taquigrafía de conceptos" (Wieacker), en la que el sistema ya no es un simple esquema de ordenación externa de datos. Se trata del único modo posible de que el espíritu cognoscente pueda asegurarse la verdad; significa el criterio de razonabilidad interna, la exigencia esencial para una científicidad auténtica" (4).

El sistema introduce la unidad dentro de la variedad de los datos histórico-positivos. A la vez que parte de estos como única materia posible de la tarea científico, es fuente de materia nueva. La potencialidad lógica de los institutos singulares se proyecta a través de las reglas de funcionamiento interno del sistema, y a la inferencia generalizada sigue la formulación de hipótesis como base para la construcción de nuevas teorías. La ciencia es al derecho lo que el alfabeto a la lengua. Como tal - -indicará Ihering- soluciona el problema capital de la técnica en materia jurídica: facilitar el conocimiento de la materia por medio de la simplificación de la misma. La idea del alfabeto reposa sobre los conceptos de análisis, descomposición y determinación de elementos simples. Las palabras y las insti

tuciones no son otra cosa que combinaciones variadas de ciertos sonidos -conceptos- fundamentales. Se trata, pues, de descubrir esos sonidos y de aplicarles una denominación, como vía para el ámbito más amplio de la composición.

El sistema es la clave de la unidad a que aspira la ciencia. Unidad que si en Savigny es de carácter orgánica, en los desarrollos posteriores de la dogmática adquirirá un carácter lógico-formal. En la primera versión -observa Larenz- la "unidad" del sistema reside en la inderogable relación de todos los miembros respecto a un centro común que descansa en sí mismo. La imagen gráfica más exacta es la del círculo. El sistema conceptual lógico-formal presenta, en cambio, la forma de una pirámide, cuyo vértice es el concepto supremo. La anchura de la pirámide corresponde al contenido y la altura a la amplitud o campo de aplicación de un concepto abstracto. "El ideal del sistema lógico se consuma cuando en el vértice figura un concepto de la mayor generalidad en el que se pueden subsumir todos los restantes conceptos como especies y sub especies; es decir, al que se puede ascender desde cualquier punto de la base, pasando a través de una serie de miembros intermedios, mediante la supresión, cada vez, de lo especial" (5).

Dicha imagen de la naturaleza y funciones operacionales de la idea de sistema es ya clara en Savigny, aunque es en Puchta donde posiblemente co-

bra sus perfiles más acusados. La "genealogía de - los conceptos" no es otra cosa que la pirámide conceptual del sistema formado según las reglas de la lógica formal. Conocer científicamente es, en consecuencia, recorrer las diversas escalas ascendentes y descendentes que dan cuenta del origen, extensión y comprensión de los conceptos fundamentales.

Situada en esta perspectiva, la ciencia jurídica no podía menos que intentar una consolidación de su paradigma científico y metodológico mediante el concurso a las ciencias naturales. Tal será el cometido del "primer Ihering" y fundamentalmente de los capítulos metodológicos de El Espíritu del Derecho Romano, en los que el paradigma dogmático adquiere ya expresión madura, consciente y desarrollada. Para una ciencia consecuente con los hallazgos y - perspectivas del método experimental, lo "efectivo" sólo podía consistir en lo "empíricamente verificable y demostrable". La voluntad, por ejemplo, será concebida como una fuerza psicológica limitada al mundo de la materia, una vez que las ideas éticas o axiológicas se ven desplazadas del ámbito de preocupaciones de la ciencia en sentido estricto. Los conceptos generales o fundamentales adquieren su fuerza precisamente de su referencia empírica; son las leyes de la naturaleza y de la sociedad, las que determinan al espíritu y a su libertad en cada una de sus manifestaciones. (6)

La figura y la obra de Ihering aguardan aún una evaluación de conjunto que sitúe con justeza su aporte al depósito científico de la dogmática. Una opinión generalizada tiende a insertar a Ihering en el momento de génesis de la rebelión antiformalista. Tal es, por ejemplo, la tesis de Wolf, quien procura relativizar la importancia del aporte de Ihering al movimiento general de la dogmática, subrayando en cambio lo que de revolucionario y antiformalista hay en su obra, particularmente, en los escritos posteriores al Espíritu (7). Para Wolf, la dogmática se articula a lo largo de un proceso complejo en el que los estudios de Ihering sobre el método desempeñan un papel secundario frente, por ejemplo, a los de Savigny o Puchta. Si se tiene en cuenta en cambio los movimientos antiformalistas posteriores a 1900, difícilmente cabría una comprensión auténtica de los mismos sin una referencia en profundidad a Ihering. La escuela del Derecho Libre, la escuela penal que inaugura von Litz -especialmente en sus orientaciones naturalistas hasta Ferri y von Hentig-, la Jurisprudencia de Intereses son, para Wolf, movimientos intelectuales incomprensibles sin la crítica de Ihering a la teoría historicista del crecimiento orgánico de los principios jurídicos fundamentales, o a la idea iusnaturalista de su generalidad racional. La teoría francesa de la institución, la teoría del "orden concreto", la teoría de las revoluciones como fuerzas creadoras de derecho, la teoría del derecho de clase, tienen su raíz en el Ihering antiformalista y en la "acción rebajadora y

no pocas veces corrosiva" de sus ideas (8). En igual sentido, parecen pronunciarse, por su parte, Wieacker -para quién en Ihering "adquiere el viraje de la ciencia pandectística al naturalismo jurídico su más impresionante expresión" (9)-, Larenz (10), Siperman (11), Pasini (12), Radbruch (13), Stone (14) y Paresce (15).

Esta tesis parece, sin embargo, insuficiente. Es indudable que el Ihering de Scherz und Ernst o de Zweck im Recht ofrece motivos, intuiciones e ideas que influirán de modo decisivo en la evolución científica posterior. No es menos cierto, sin embargo, que la fisonomía de la dogmática como paradigma obliga a poner el acento en otros aspectos. El estudio de los desarrollos metodológicos del "primer Ihering" sitúan al Espíritu como el momento de configuración definitiva del ideal positivista de la ciencia jurídica. La teoría de la construcción aparece así como instancia en la que cristalizan temas y problemas ya presentes en toda la tradición científica moderna. Elementos provenientes del iusnaturalismo racionalista, la hermenéutica protestante, el historicismo y el naciente operacionalismo en el ámbito de la física se ven integrados en una síntesis superior cuya importancia ha solido escapar a la atención de los estudiosos. Es en el Ihering del Espíritu donde queda prefigurado el modelo de saber jurídico predominante hasta nuestros días en el que hacer efectivo de los juristas. El Ihering posterior -figura polifacética, contradictoria y riquísima en

matices- pertenece más bien a la filosofía del derecho, al complejo panorama de orientaciones antiformalistas que llenan la historia reciente de la ciencia jurídica. Este es el Ihering que abre toda una línea de discontinuidad y ruptura, fecunda en hallazgos no concretados, titular del prestigio académico y la admiración por parte del resto de las ciencias sociales, a la vez que objeto de la desconfianza -cuando no indiferencia o ignorancia- de los juristas.

En este punto, vuelve a ser evidente que las renovaciones epistemológicas y metodológicas no -- siempre tienen reflejo en el tratamiento concreto de los materiales jurídicos. La suerte corrida por el Ihering que preanuncia la crisis de la dogmática es un resultado de la ya notada fuerza de inercia o perante en la ciencia jurídica. Una vez que el positivismo logre trasladar los resultados más importantes de su paradigma científico al ámbito de los métodos particulares -etapa que a la altura histórica del Espíritu puede juzgarse cumplida- los intentos de cuestionar el estado de cosas impuesto por la dogmática no pasarán de significar revoluciones -- truncadas en su fase de planteamiento. Estas reconocerán en casi todos los casos la paternidad intelectual del último Ihering, y con ello puede valorarse en sus términos exactos la posible influencia del Ihering de una y otra etapa en los diversos planos de la labor científica posterior. El Ihering imaginativo, creador y autocrítico que se adelanta a su

tiempo es el Ihering que alienta en el fondo de las doctrinas revisionistas de la lógica formal, en el sociologismo, en el politicismo, en la jurisprudencia de intereses o en las corrientes finalistas que se imponen en la metodología de las diversas ciencias particulares. El Ihering que se impone en el paradigma aún vigente de la dogmática, el que continúa determinando categorías, conceptos, métodos y actitudes de los juristas es, por el contrario, el de la primera etapa; el sistematizador de la rica y compleja tradición científica moderna que desde la crisis de la escolástica hasta el historicismo, -pasando por el redescubrimiento científico del corpus iuris, las construcciones del iusnaturalismo racionalista, la Ilustración o el romanticismo- desemboca en el positivismo científico.

El Ihering del Espíritu marca el momento de la maduración de dicha línea temática. Al margen de la ya intentada delimitación del concepto general de "positivismo", cabe precisar el contenido que, dentro de la evolución de las ideas jurídicas, modernas cabe otorgar a la expresión positivismo científico. Por tal no ha de entenderse -como precisa acertadamente Wieacker- ni el positivismo legal ni el positivismo científico general que se presenta en el terreno de la filosofía bajo la influencia de Comte (16). El positivismo científico se presenta más bien como un modelo de actividad científica fundada en la idea de derivación del derecho exclusivamente a partir de los resultados reconocidos de la

teoría del derecho, especialmente del sistema y del acopio de conceptos predominantes y de teorías (17). En este sentido, es clara la pervivencia del empeño metodológico del iusnaturalismo racionalista tal como es transmitido por el historicismo. El nuevo modelo de actividad científica parte de una serie de supuestos básicos, tales como:

- a) La idea de ordenamiento jurídico como totalidad organizada e independiente en la que cabe subsumir todo posible caso particular, mediante una operación que cobra la forma externa del juicio hipotético y que permanece en principio ajena a la posibilidad de una verificación en el plano óntico;
- b) La idea de ordenamiento como totalidad plena y hermética, hecha posible a través del rigor conceptual del sistema científico trasladado al quehacer configurador y político de la legislación y de la concepción del juez como órgano neutral de aplicación del derecho, cuyo campo de creación intelectual queda limitado al plano de la argumentación doctrinal destinada a servir de base a una decisión que, por definición, queda contenida siempre en la totalidad superior del ordenamiento.

En este punto, el modelo que el positivismo científico contribuye a consolidar de modo decisivo

se aparta de todo precedente. La idea de ordenamiento como todo hermético y sin lagunas y su consecuencia, del juez como órgano estrictamente ligado al mismo son prácticamente desconocidas hasta el positivismo (18). Como se verá, estos principios de orden científico no carecen, por cierto de una proyección ideológica y política evidente para sus pro -- pios fundadores. Como observa Wieacker, el decai -- miento del derecho natural como ética material de -- base hizo en cierto sentido necesario al positivismo. "Unicamente porque en la época del positivismo se carecía de una imagen transjurídica del Derecho podía ponerse en su lugar una dogmática científica especializada, en todo caso afirmada por la conciencia jurídica y cultural pública. Esa dogmática se convirtió en campo de compromiso entre fuerzas e intereses sociales contradictorios: en primer lugar, entre el Estado autoritario y la sociedad civil, -- después, hasta en nuestra época, entre las formaciones pluralistas de la moderna sociedad colectiva, las clases, confesiones y concepciones del mundo, -- los partidos y los grupos profesionales y económicos. Sólo bajo estas condiciones podía emanar una fuerza dirimente de una regla formal" (19). Los componentes éticos se trasladan a la cúspide del edificio conceptual de la dogmática y se reducen al imperativo kantiano de la libertad, plenamente compatible con una idea de las relaciones Estado-sociedad heredada del historicismo, de una visión del mundo económico basada en el liberalismo clásico, y de -- una concepción de la esfera política fundada en los

presupuestos del Estado de Derecho. Tales son los componentes materiales de una idea del derecho como regla abstracta y como instrumento de racionalización y secularización de las estructuras socio-políticas.

Con su toma de conciencia de lo que hasta entonces era programa latente en la ciencia jurídica de la modernidad, el positivismo procede a incorporar el modelo de las ciencias naturales como pauta científica fundamental. La ciencia del derecho sólo puede alcanzar el rango de tal a condición de constituirse a sí misma como una ciencia de "hechos". Pertenezcan éstos al mundo externo a que conducen - las percepciones o al mundo interno, revelado por las intuiciones, su relevancia de cara al quehacer científico queda determinada exclusivamente por la posibilidad de ser verificados empíricamente en su realidad y en las relaciones de causalidad que los constituyen. La ciencia tiene por cometido la determinación de las relaciones generales de causalidad y la "explicación" de los acontecimientos, sujetando sus conjeturas al exámen final de la experiencia. Bajo tales exigencias, el paradigma dogmático se verá forzado a profundizaciones decisivas, sin abdicar por ello de los resultados a que había llegado la teoría de la ciencia hacia la época del Sistema de Savigny.

2. Teoría de la ciencia jurídica

Todo esfuerzo científico es tributario de una determinada tradición de problemas reiteradamente planteados y que reconocen soluciones aproximativas y parciales a través del tiempo. Toda ciencia -agrega Troeltsch- se halla vinculada a los supuestos del espíritu reflexivo que la crea. Estas proposiciones cobran nueva vigencia al analizar el aporte del primer Ihering a la configuración del paradigma dogmático y, muy particularmente, a su teoría de la ciencia jurídica. La referencia a la Escuela Histórica vuelve a ser inevitable, aún cuando algunas corrientes interpretativas continúen planteando la relación entre ambos momentos científicos en términos de contraposición.

Vinculada a la filosofía de la Restauración y a los poderosos ingredientes intelectuales y culturales del clasicismo weimariano, la Escuela Histórica no solamente representa, como se ha visto, una renovación radical de los estudios jurídicos, sino también, y al mismo tiempo, un impulso de reacción política e ideológica contra el Iluminismo en su aspecto revolucionaria. Los escritos de Savigny constituyen una prueba testimonial irrefutable, que conduce inclusive a una mejor apreciación del sentido profundo de la dogmática y de la significación de Ihering en la evolución de las ideas metodológicas.

Desde dicho punto de vista, es evidente, por ejemplo, la diferencia que separa a la dogmática -y a su forma inicial en la "jurisprudencia de conceptos"- respecto a la escuela de la Exégesis. Así, mientras la escuela de la Exégesis, movimiento anterior en el tiempo y en motivos a la jurisprudencia de conceptos, aparece como una expresión definida del Iluminismo en su fase democrático-revolucionaria, con vinculaciones claras con la teoría política del contractualismo y la idea rousseauiana de voluntad general (20), la jurisprudencia de conceptos continúa el impulso de la Escuela Histórica, inclinada desde Savigny hacia posiciones políticamente conservadores, anti-iluministas y contrarrevolucionarias. Si en la Exégesis es todavía perceptible la presencia de elementos provenientes de la tradición filosófica del racionalismo -como, por ejemplo su visión de los derechos subjetivos- en la dogmática conceptualista, se consuma, en cambio, la ruptura con toda influencia filosófica declarada, y particularmente con el iusnaturalismo.

Otro punto en el que la diferenciación es especialmente nítida es el relativo al objeto propio del quehacer de la ciencia. En la Exégesis, el punto de partida del análisis es la ley, como expresión suprema de la voluntad general, volcada en los códigos. La Jurisprudencia de Conceptos centra su atención, en cambio, en el concepto científico y en la unidad orgánica de los mismos que representa el

sistema. Con ello parece evidente el paso desde lo que, en términos propuestos por Savigny, podría denominarse elemento político, hacia una consideración prioritaria del elemento técnico. Para la Exégesis, el Code es un instrumento de cambio revolucionario de la sociedad, a la vez que un factor de control social y un instrumento pedagógico general. La ley define los perfiles de una nueva sociedad, para la que es necesario preparar un nuevo hombre, consciente y responsablemente comprometido con sus deberes como ciudadano frente a los dictámenes de la Voluntad General. El intérprete es así una continuación fiel y neutral de la conciencia social, que refleja en los diversos aspectos de su tarea una preocupación de orden eminentemente político. La polémica entre las diversas corrientes interpretativas de los arts. 4 y 5 del Código Civil francés, que presenta en posiciones principales y contrapuestas a Portalis y a los tratadistas de la Exégesis, es una prueba del papel esencialmente revolucionario que entiende representar la Exégesis, frente a los resabios de ese iusnaturalismo, de raíz igualmente iluminista aunque de signo conservador, que representa Portalis.

La jurisprudencia conceptualista asume, por el contrario, un papel principalmente técnico y metodológico. Si la Exégesis centra sus construcciones en el objeto de la interpretación -la ley, en cuanto Código-, el conceptualismo tiende en cambio

a proponer como núcleo de sus preocupaciones a la forma de la interpretación y la construcción científica (21).

Por sobre las diferencias apuntadas, Exégesis y conceptualismo reconocen afinidades profundas, relativas sobre todo a una consideración de la ley positiva como elemento sacral. El derecho es, ante todo ordenación, legislación, mandato positivo, asistido por la presencia coactiva del Estado. "La construcción doctrinal, -escribe Ihering- debe aplicarse directamente al derecho positivo. Como las re-glas positivas son los únicos puntos de la línea, -la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad en cuanto a la forma" (22). El comentario a las Pandectas de Windscheid, sin duda una de las obras más significativas del espíritu científico de la dogmática, comienza con una definición del Derecho en términos de ley: "Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho" (23). Décadas antes, frases célebres de los partidarios de la Exégesis afirmaban de modo igualmente rotundo la fe en una idea básicamente legalista del derecho (24).

Una segunda línea de afinidades pasa por una común idea en torno a la finalidad de la técnica jurídica. Tanto la Exégesis como el conceptualismo afirman como cometido esencial de la misma la defensa y consolidación del principio de certeza como ba

se para la seguridad del tráfico jurídico. No otro sentido tiene la tendencia "sistemática", que se ve nuevamente reafirmada. Interpretar es, ante todo, subsumir casos concretos con referencia, en el caso de la Exégesis, al cuadro sistemático del ordenamiento jurídico-legislativo y, en el caso del conceptualismo, en el sistema conceptual de la ciencia. Subsiste, sin embargo un matiz diferenciador de gran importancia, ya que en tanto que la Exégesis nace de la afirmación del principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, con la consiguiente negación de la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, la dogmática conceptualista tiende a una negación práctica de la idea de completud, al afirmar la posibilidad y necesidad de una tarea científica de índole constructiva que va, por definición, "más allá" de los términos en que es estrictamente se plantea el dato legislativo. Queda así fundada una polémica aún no resuelta sobre el sentido de la expresión "lagunas del derecho" y sobre sus alcances para la teoría jurídica en general y la teoría de la interpretación en particular. La tesis conceptualista se traslada, a partir de Savigny y Ihering, al paradigma dogmático, e implica, en cierto modo, un desarrollo de las virtualidades lógicas implícitas en la teoría rousseauiana de la ley. Esta es vista como un producto objetivo y hasta cierto punto emancipado de la voluntad histórica que le dio nacimiento. El dinamismo autónomo de la ley respecto a las estructuras históricas originarias, permite afirmar, ya en el nivel de la ciencia,

una autonomía de los dogmas elaborados por la técnica jurídica a partir de los materiales legislativos. Cobran aquí sentido la segunda y tercera de las acepciones del término "formalismo" propuesta por -- Bobbio, ya que en la elaboración del problema del método propuesta por el Espíritu quedan sentadas -- las bases de una concepción "formal" del derecho, de la ciencia y de la interpretación.

En efecto, el fruto más importante del Espíritu es, seguramente, el intento de elaboración de los supuestos metodológicos de una ciencia formal del derecho. Superando los condicionamientos que podría haber establecido un naturalismo filosófico de claradamente profesado, Ihering no propone como cometido esencial de la labor científica a la explicación causal, sino a la construcción y su resultado arquetípico: el sistema. Conocer es sistematizar y sistematizar es construir. La dogmática aparece así como el conjunto de operaciones constructivas -- del jurista y, en otra posible acepción derivada, como el resultado final de dicha tarea, expresado -- bajo la forma de un conjunto sistemático de categorías científicas, destinado a dar razón de la totalidad de la experiencia jurídica. Por sobre las -- ciencias jurídicas particulares -- explica Kalinowski -- la doctrina moderna tiende a pensar que la ciencia específicamente jurídica es la que explicita y sistematiza el contenido de las normas jurídicas que constituyen un sistema jurídico en vigor, en tal o

cual momento, en un territorio dado y para una población determinada, esto es, la dogmática (25).

Para Ihering, las reglas del derecho no son otra cosa que "puntos prácticos", culminantes y externos del derecho, que no abarcan ni agotan su contenido real posible, ni en intensidad ni en extensión. El derecho no se identifica con las reglas jurídicas, ya que éstas se encuentran en estrecha relación con la capacidad de abstracción que posea una determinada época histórica. Un análisis de las reglas tiende a poner en contacto al investigador más con la conciencia de determinada época y determinada sociedad respecto a su derecho respectivo que con el derecho en general (26). "Las reglas de derecho se deducen por medio de la abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima. A menudo se necesita el concurso de muchas reglas para establecer la forma jurídica de una sola relación y entonces hallan en ellas su objeto común y su punto de unión...". En una línea de continuidad con la idea positivista de la ciencia, agrega más adelante: "De esta manera, las diversas relaciones jurídicas de la vida, que como tales pueden ser objeto de un examen separado, se reúnen alrededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas que (empleando un lenguaje figurado) no representan el esqueleto del derecho, al cual se adhiere su sustancia toda entera, o sea las reglas que lo componen" (27).

De este modo, el derecho es ininteligible sin una referencia a su conexión sistemática interna. - Esta se presenta como una exigencia lógica, derivada de la propia naturaleza del objeto derecho, y no como el resultado de la aplicación artificial de un orden externo. Este es, precisamente, el significado de la expresión conceptualismo "genético" a la que se suele hacer referencia. Para este punto de vista, "quien dice sistema, dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual, y cada derecho tiene su sistema propio, que no conviene a los demás", con la particularidad especial de que en el ámbito del saber jurídico, el espíritu de sistema "ejerce una reacción material del objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna de las reglas de derecho. Estas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones o mandatos para revestir la de elementos y cualidades de las instituciones jurídicas" (28).

Lo expuesto aproxima los resultados de la construcción jurídica a la actitud fundamentalmente descriptivista del ideal moderno de ciencia, "El hombre profano, habituado a representarse una regla legal bajo una forma imperativa, no puede comprender como una gran parte del sistema jurídico puede despojarse enteramente de este aspecto, y menos aún que las definiciones, divisiones, etc. en una palabra, la lógica dogmática, encierran una importancia

práctica más intensa que las reglas usuales. Esta lógica del derecho es, en cierto modo la flor y la esencia, el precipitado de las reglas de derecho; - una sola definición bien hecha puede contener el contenido práctico de diez reglas anteriores" (29).

Como se ha señalado en otra oportunidad, del texto transcrito precedentemente sobresalen por lo menos tres aspectos fundamentales: la consideración del lenguaje de la dogmática como un lenguaje indicativo, la conceptualización de la misma como una lógica del derecho, y el reconocimiento de una finalidad práctica que se impone mas bien como una derivación de la estructura misma de la construcción - científica, y no de las finalidades de cierto modo externas de la misma (30), aspectos todos de reconocida vigencia en la evolución posterior de la dogmática. Con la referencia a la función indicativa del lenguaje dogmático, Ihering sitúa a la ciencia jurídica en el plano de la descripción: sus proposiciones, en cualquiera de los niveles de que se trate, describen o indican situaciones normativas. Se trata de un lenguaje acerca de las normas, formalmente desentendido de la cuestión acerca de qué se debe o no se debe hacer, aún cuando el problema de la praxis pueda ser recogido en toda su importancia en un segundo momento, cuando la construcción acabada cobra valor práctico. Hasta cierto punto, la construcción jurídica no es otra cosa que un proceso de conversión de las reglas en definiciones jurídicas.

Es precisamente por ello que el desenvolvimiento científico del derecho se diferencia de su expresión en la legislación. "El legislador -indica Ihering- puede limitarse a establecer su voluntad en la forma originaria, practicable inmediatamente, - mientras que la ciencia, por el contrario, no solamente tiene la misión de y de coordinar estas voluntades, sino que también debe reducirlas a elementos lógicos del sistema. El legislador nos ofrece, por decirlo así, cuerpos compuestos que sólo le interesan por su utilidad inmediata; la ciencia, por el contrario, emprende el análisis y los convierte en cuerpos simples" (31). Más aún, la verdadera naturaleza de las reglas jurídicas y de los conceptos obtenidos a través de la generalización empírica de sus contenidos permite que la ciencia, en lugar de una multitud de reglas distintas, obtenga un número determinado de cuerpos simples o de categorías conceptuales, "por medio de los que puede recomponer, cuando le plazca, cada una de las reglas de derecho" (32).

La función indicativa de las proposiciones dogmáticas es así paralela a su función reproductiva. Este ha sido, tal vez, uno de los puntos más recusados por las tendencias antiformalistas posteriores. Para Larenz, por ejemplo, esta tesis de Ihering "nos pone ante un verdadero jeroglífico" (33). "Concedamos -propone- que puedan establecerse nuevas -proposiciones, que tengan la forma lógica de propo-

siciones jurídicas, mediante combinaciones más o menos arbitrarias de conceptos jurídicos individuales siempre que éstos no se excluyan lógicamente entre sí ¿En base a qué han de representar estas proposiciones derecho vigente? Ihering no hace ningún intento de explicar la validez real de estas proposiciones jurídicas lógicamente posibles" (34).

La observación de Larenz cobra especial importancia si se repara en el hecho de que, a diferencia de Savigny o de Puchta, el Ihering del Espíritu carece de un concepto de derecho general y anterior a la experiencia jurídica, proyectado hacia funciones similares a las que desempeñaba en el iusnaturalismo racionalista o en la tradición kantiana a que retornaría décadas después el pensamiento jurídico. En esto, el paradigma dogmático se ve, sin lugar a dudas, extremado en su desarrollo lógico interno. La construcción jurídica avanza, en el pensamiento de Ihering, a través de generalizaciones inductivas similares a las de las ciencias naturales. Ahora - bien - observa no sin cierta ironía Larenz- "todavía no ha habido ningún cultivador de las ciencias naturales al que se le haya ocurrido poder construir nuevas plantas mediante la mera combinación de características conceptuales -como las que emplea, - por ejemplo, el sistema botánico- logradas inductivamente; ¡nuevas plantas cuya existencia estaría demostrada ya por ser posibles especulativamente;" (35). Iguales dudas viene a suscitar el paralelo -

constante establecido por Ihering entre derecho y lenguaje, sobre la base del cual llega a hablar de la ciencia jurídica como una especie de "alfabeto jurídico". A juicio de Larenz, el prejuicio positivista de Ihering le impide apreciar debidamente la cuestión del sentido, y las distancias que separan a una mera asociación sonora de palabras -en sus in finitas posibilidades combinatorias- de una palabra o proposición efectivamente dotada de sentido. De alguna manera, Larenz, recoge una crítica general, para la que los resultados de la dogmática tienden más bien hacia la configuración de un saber predomi nantemente teórico, formalmente desinteresado del posible valor orientativo o prescriptivo de los mis mos. (36).

Ihering llega a hablar, en expresión célebre, de una "transubstanciación" de la materia jurídica, por la que las reglas se convierten en definiciones sistematizadas. El sistema aparece así como una especie de precipitado lógico de las reglas, que resulta de la propia necesidad lógica inherente al de recho mismo y no de la actividad exterior del juris ta. El derecho "se presenta a una inteligencia ejer citada como un organismo lógico de instituciones y definiciones jurídicas, y a un observador menos ex perto como un conjunto de reglas. El primero de es tos puntos de vista responde a la naturaleza misma del derecho; el segundo sólo muestra el lado exte rior y superficial consagrado a la vida práctica" (37).

En esta perspectiva, el momento práctico queda de cierto modo subsumido dentro del momento teórico.

Se entiende así la función desempeñada por la interpretación. Concebida como una "jurisprudencia inferior", sirve de base a la construcción, suministrando los materiales sobre los que la técnica y la ciencia operan su misión "reproductiva". Es de este modo como llega a hablarse de fuerza de expansión lógica de los conceptos. "No puede por lo demás quedar mucho tiempo desconocido al derecho que las ideas tienden a generalizarse, porque la lógica es una fuerza lenta pero segura; ella obra sobre el espíritu humano de una manera que, aún cuando sea inconsciente, no por ello tiene acción menos eficaz, puesto que antes de que sea reconocida se acredita su valor y se impone su fuerza" (38). La "extensión por analogía" es uno de los ejemplos sobre la capacidad de conceptos y sistemas científicos para desarrollar sus virtualidades bajo la forma de nuevos conceptos obtenidos a partir de sí mismos. "Mientras reine en la historia la ley de que lo general no nace con su forma general sino bajo una forma limitada, persistirá también la necesidad de la extensión por analogía -llega a decir-; la naturaleza misma, pues, hace necesario el concurso del jurista" (39).

Es en este sentido de la propia "expansión lógica de los conceptos" que cobra sentido la referencia frecuente de Ihering a la idea de praxis.

"Nada más erróneo -afirma- que juzgar un derecho como a un sistema folosófico, y no considerarlo sino desde el sólo punto de vista de su mérito intelectual, del orden lógico de sus miembros y de su unidad. Poco importa que bajo esa dependencia, que no establece su verdadero valor, aparezca como una obra perfectísima, si no descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica" (40). De modo no menos elocuente, continúa luego afirmando: "Que las ideas jurídicas estén compuestas de tal o cual modo depende precisamente de que sólo dentro de esa forma pueden satisfacer las necesidades de la vida, razón por la cual su libre desenvolvimiento lógico es a menudo suspendido o contrariado. Sin esta influencia, el valor también lógico del derecho sería frecuentemente superior, pero su utilidad práctica menos grande. La función del derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho y, por el contrario, todo lo que produce esta función será derecho, aún antes de ser reconocido como tal (derecho consuetudinario) (41).

Las referencias a una función práctica de la ciencia jurídica son repetidas y, como se verá, no siempre rigurosamente coherentes con las ideas epistemológicas de fondo. El postulado de sistematicidad, concebido como cualidad inherente al objeto con que opera la ciencia jurídica, no puede menos que condicionar, en el Ihering del Espíritu, la i-

dea de una ciencia jurídica que erige sus sistematicidad sobre la base del "fundamento objetivo" que ofrecen los propios materiales a que tiene acceso el jurista. De hecho, es evidente que los ataques de Ihering contra la ciencia jurídica de su tiempo, que encuentran ya en el Espíritu un lugar destacado, no van dirigidos propiamente contra el conceptualismo como tal, sino que tienden a formular la exigencia de una mejor técnica científica de elaboración de los conceptos con que opera la ciencia. La "construcción" se orienta, precisamente, hacia un tratamiento técnico de los datos jurídicos que atiende tanto a la necesidad de rigor lógico que característico de la ciencia, como a la imprescindible concreción que exigen los imperativos de la práctica. Este empeño preside el Espíritu y puede ser resumido bajo la propia expresión de Ihering: "esencia y leyes fundamentales de la técnica jurídica en general"

Como indica J. Millas, hay entre los rasgos del conocimiento jurídico uno que interesa de modo fundamental a Ihering: la generalidad y universalidad de la teoría general, esto es, de los principios, conceptos y técnica de análisis que la constituyen como ciencia. "Del mismo modo -explica, citando a Ihering- que los principios del método matemático serán para todos los tiempos invariablemente y siempre los mismos, igual acontece con el método jurídico". Sólo hay ciencia de lo general; la validez de una proposición científica ha de ser universal (42). Millas advierte acerca de la importancia

del objetivo pragmático en las ideas epistemológicas de Ihering: la ciencia jurídica no es concebida como conocimiento puro de derecho, sino más bien como técnica, como procedimiento operativo conducente a la aplicación del derecho. Sería esto, precisamente, lo que la impulsa hacia una exigencia general de rigor científico. En tanto que ciencia es "señorío intelectual sobre las cosas" apenas si puede concebirse una realización eficaz del derecho sin "una organización racional de su contenido positivo" (43) La tesis de Millas parece discutible a la luz de los textos del Espíritu a que se viene haciendo referencia, aunque posiblemente podría sostenerse desde la perspectiva de un Ihering "global" abstraído de toda periodización.

La observación de Millas contribuye, sin embargo, a determinar la importancia que en el modelo científico propuesto por Ihering cobra la dimensión "pragmática" de la técnica jurídica. La misma opera como contrapeso frente a un paradigma científico que concibe al saber jurídico como constitutivamente teórico. En su polémica con Savigny, al comienzo del volumen I del Espíritu queda ya esbozado este punto de partida. Ihering considera que el valor paradigmático y universal del derecho romano no reside en la forma de tratamiento de los materiales jurídicos que caracteriza a los juristas romanos, sino en el contenido mismo de dicha tarea. El contenido del derecho romano -explica- es el de

pósito sucesivo y consolidado de la jurisprudencia romana desde su origen hasta su fin, unido a los otros factores que han dado al derecho romano su forma externa -aspecto este último que parece centrar la atención y el juicio de Savigny- su fuerza intelectual reside en las reglas enseñadas por los jurisconsultos, en los preceptos jurídico-positivos que exponen, las divisiones que usan y en las instituciones que todavía están hoy día en vigor, en todo ello es donde reside "esa fuerza intelectual que caracteriza la grandeza del derecho romano" (44). Las posibilidades de acceder a dicho contenido profundo del derecho romano no dependen únicamente de la perspicacia para el análisis y aplicación práctica del método de los romanos, sino que se encuentran íntimamente vinculadas a los instrumentos que brinde la teoría del derecho en general. En expresión ambigua, Ihering se refiere aquí a "síntesis filosófica del derecho" (45) y a "doctrina del derecho natural" y a "esencia del derecho en general" (46).

El alcance de tales expresiones puede apreciarse en el tratamiento que al tema "Condiciones contenidas en la naturaleza del derecho" dedica el tít. II, cap. I del Espíritu. La idea del derecho que opera como base de la elaboración metodológica de Ihering es, indudablemente, la del historicismo. "El derecho -escribe-, siguiendo la idea que de él se tiene actualmente, es un organismo objetivo de

la libertad humana. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que debe su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia" (47) El carácter y las tradiciones de un pueblo imprimir al derecho un sello que lo condicionan, por sobre las determinaciones concretas de la voluntad legislativa. La metáfora naturalista acude nuevamente y de un modo expresivo, como creación real y objetiva, tal como se nos manifiesta en la forma y en el movimiento de la vida y del comercio exterior, puede ser considerado como un organismo, y en este grado le debemos colocar para hacer de él nuestro completo estudio" (48) Sobre la base de esta caracterización queda definida la fisonomía del método científico histórico-natural. Este se proyecta, por una parte hacia una anatomía de lo jurídico, que considera a los elementos del organismo de forma aislada y en sus relaciones mutuas, y hacia una fisiología, atinente a las funciones del organismo.

Conocer científicamente supone, en el punto de partida, observación empírica de los datos ofrecidos por la realidad del derecho positivo. La ciencia asciende a través de generalizaciones sucesivas y, sobre los resultados de repeticiones y verificaciones de relaciones constantes y generales, llega una primera aproximación a su resultado final. En

este punto, el método se detiene en las reglas de derecho, como unos primeros puntos de síntesis, logrados a través del concurso de observación y capacidad respresentativa del jurista. El cultivo de una determinada disciplina científica alcanza su madurez una vez que a dichas capacidades se une la de formulación de las reglas, en los términos claros y precisos que exige la ciencia. Una cosa serían las reglas "latentes" del derecho -obtenidas a través de aquella primera aproximación empírica- y otra las reflas "expresas", inequívocamente ligadas a la tradición de problemas y soluciones propios de cada cultura jurídica en particular. La práctica, la interpretación y la doctrina ejercen, en este sentido una labor de perfeccionamiento y depuración constante. Las reglas, ya se ha dicho, no son otra cosa que "puntos prácticos culminantes y externos del derecho, pero que no abarcan ni agotan su contenido real ni en intensidad ni en extensión" (49) La afirmación de Ihering en el sentido de que no cabe confundir el derecho de una época cualquiera con sus reglas jurídicas no va, por cierto, contra la primacía en la consideración científica del derecho positivo, sino que procura una relativización de los resultados de la ciencia jurídica, intento al que la dogmática no permaneció totalmente fiel.

Las reglas son producto de la ciencia. Esta abstrae y formula: "se deducen por medio de la

abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima" -afirma en frase ambigua y poco precisa- (50).

En un grado ulterior de generalización, los resultados de este examen particularizado de las relaciones de derecho se elevan a una consideración sistemática. Se trata ya de "grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas que (empleando un lenguaje figurado) nos representan el esqueleto del derecho, al cual se adhiere su sustancia toda entera, o sea las reglas que lo componen" (51) Vuelve a plantearse aquí la dicotomía ya estudiada entre sistema "interno" y sistema "externo". Es claro que, en Ihering, "el sistema en materia de derecho, como en cualquier otro ramo científico, no debe consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste se deduce del fondo mismo del objeto" (52) Es posible que como afirma Losano, la "filosofía disponible" no permitió a Ihering dar un paso decisivo en la consolidación del paradigma dogmático y explicar la naturaleza del vínculo unitivo que da base al sistema y los procesos a través de los cuales la organización sistemática de la materia jurídica operada por la ciencia es capaz de crear derecho ex novo. Aún así, es evidente que, fuera cual fuera el juicio acerca del grado de realización del programa propuesto por Ihering en la ciencia jurídica posterior, los postulados metodo

lógicos fundamentales de la dogmática quedan ya de finitivamente propuestos.

La tarea de sistematización contribuye no sólo a la clarificación de las reglas jurídicas, sino que inclusive ofrece una base para una ampliación del campo y de la importancia práctica de las mismas. Esta "lógica dogmática", está la "lógica del derecho es en, cierto modo, la flor y esencia, el precipitado de las reglas del derecho; una sola definición bien hecha puede comprender el contenido práctico de diez reglas anteriores" (53) En tanto que la voluntad concreta e histórica de un legislador determinado se expresa a través de reglas dotadas de un inmediato contenido práctico que las sitúa en el plan o de lo realizable, las definiciones formuladas por la ciencia buscan explicar, coordinar y sistematizar dichas reglas, buscando economía conceptual, claridad, rigor en la expresión técnica y reducción de lo múltiple y diverso a un conjunto de cuerpos simples dotados de un sentido unitario. Desde esta perspectiva, surge la posibilidad de "acrecentar el derecho por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas. La combinación de los diversos elementos permite a la ciencia crear nuevas nociones, que en su fecundidad, encastan y engendran otras" (54).

El objetivo de la ciencia es la determinación

de los elementos simples que sirven de base a la opetación combinatoria de la construcción. Suministra los "reactivos simples" para los hechos complejos y diversificados de la vida real, el "alfabeto" del derecho sobre la base del cual, la composición y descomposición sucesiva de los materiales del análisis permite acceder a soluciones prácticas para la totalidad que sean sometidos a la ciencia.

Las consideraciones de Ihering en torno a la "fisiología" del organismo jurídico contribuyen a completar el cuadro de la visión dogmática de la ciencia. El Espíritu atribuye a este cometido de la ciencia, la capacidad de poner en contacto a la doctrina con el mundo real y con su fondo viviente. Sus reflexiones van dirigidas al historiador, pero arrojan luces complementarias sobre la caracterización de la actividad dogmática. El jurisconsulto -observa- se forja una especie de segunda naturaleza, y elige por norma no observar en las relaciones sustanciales más que su aspecto puramente jurídico, con lo que sus investigaciones, por ejemplo, en el ámbito del derecho romano, se dirigen exclusivamente hacia su aspecto dogmático. Escribe, en consecuencia, para su tiempo, y sus productos se presentan ante el historiador como "fuentes de naturaleza deductiva" y no descriptiva, sometidos inclusive a la labor de formalización que opera la ciencia jurídica. Esto introduce una servidumbre de intérpretes y juristas respecto al dereno

cho positivo, de la que no ha sabido evadirse -a juicio de Ihering- ni siquiera la filosofía del derecho. Acontece lo que, en palabras actuales, podría denominarse una "hipótesis de los conceptos" según la cual los mismos no buscan su validez en las circunstancias históricas y reales que les dieron un sentido originario, sino en una pretendida adecuación a razones formales, absolutas y permanentes. Se eleva lo positivo a la altura de una verdad lógica y se postula, en el fondo, una asimilación de la capacidad de formalización de la ciencia jurídica a la que es propia de las ciencias formales como la matemática.

La solución que Roma dió a la cuestión de la "teoría de la técnica" -materia del importante Tit. III cap. I del Espíritu- es para Ihering" de una exactitud tan perfecta, como que descansa en la "naturaleza misma de las cosas", y al modo que pueda sostenerse que los principios del método matemático serán para todos los tiempos invariablemente y siempre los mismos, igual acontece con el método jurídico"..."El método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el método único suministrado por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica" La ciencia ofrece así el doble aspecto de un saber general, expuesto bajo la forma "de conside

razones y deducciones de una necesidad tan lógica e imperiosa para el derecho que cualquiera otra jurisprudencia las hubiera admitido siempre de la misma manera" (56) y de un saber apegado a sus datos de origen, en un contexto social e histórico circunscrito. Es un saber que reconoce sus raíces profundas en el sentimiento jurídico de los pueblos y en el sentido común, pero que al mismo tiempo no llega a estructurarse como tal sino a partir de la incorporación de elementos conceptuales imprescindibles que le otorgan "la vista general y la perfección lógica del conjunto". Esto es precisamente lo que lo distingue de la opinión vulgar acerca de las reglas y las instituciones (57).

3. Teoría de la construcción científica

La elaboración del problema del método jurídico intentada por Ihering en el Espíritu constituirá una de las más completas introspecciones de la dogmática moderna (58). Su punto de partida es el modelo de trabajo científico aportado por los juristas romanos, aunque la "teoría de la técnica" deducida a partir del mismo aspira a convertirse en una teoría general válida para cualquier posible ordenamiento jurídico. Vuelve a ser evidente la presencia soterrada en una idea trascendental del derecho. En la dogmática, esta idea universal y a priori es -a juicio de A. Levi- la condición misma de posibilidad de toda experiencia jurídica; es, a la vez, el límite lógico para la tarea de construcción científica, bien sea en su aspecto representativo de la realidad, o en su papel técnico o lógico de elaboración de otros conceptos o categorías (59).

En el Espíritu es todavía clara la presencia de los datos fácticos como referente lejano de los conceptos científicos. El derecho es algo más que una masa de leyes -afirma Ihering en diversas oportunidades- y las dificultades más serias para su asimilación no residen tanto en el número o cantidad de las normas, como en la naturaleza de las mismas, inaccesible a una apreciación puramente cuantitativa. Refiriéndose a la educación jurídica, escribe: "No cabe duda que la educación jurídica no

se adquiere por medio del estudio de una legislación positiva única, pero no está unida fatalmente a ésta, porque en ese caso el jurista tendría siempre el temor de ver zozobrar con el derecho existente los conocimientos que adquirió. En aquel estudio no aprende solamente un derecho nacional, si no el derecho en general, ocurriendo lo mismo al que estudia científicamente cualquier idioma, que adquiere al mismo tiempo que las ideas de la esencia de las leyes propias del habla de que se ocupa, etc. las universales del lenguaje" (60).

Este punto resulta de importancia al analizar las ideas Ihering en torno a la construcción jurídica, verdadera clave central del paradigma dogmático. El punto continúa siendo objeto de discusiones y posiciones encontradas, difícilmente conciliables debido, precisamente, a una ambigüedad terminológica aún no superada. Así, por ejemplo, una de las definiciones más conocidas de "construcción" en el campo del derecho, la entiende como "Aquella operación que consiste en subsumir un hecho, acto o relación jurídica dado en esta o aquella calificación normativa, con el doble efecto de hacer depender del modo como está construido un determinado instituto determinadas consecuencias jurídicas, y de compendiar, en un último análisis, las diversas construcciones en un sistema" (61) Las ideas apuntadas tienden a precisar la acepción de "construcción" entendida como actividad y no como

producto, y siempre dentro de una teoría normativa de la ciencia jurídica y de sus operaciones básicas como la mantenida por Bobbio a la época del trabajo a que se hace referencia (62).

Otro de los estudios más profundos sobre el tema, debido a M. Losano, prefiere situar el tema de la construcción jurídica dentro de una tipología de los posibles sentidos de la expresión sistema externo utilizado por la ciencia jurídica. Distingue así dogmática -actividad propia del jurista práctico que reúne en un sistema parcial a las normas atinentes a un determinado sector de la realidad- de construcción -actividad del jurista teórico, que tiende a conectar entre sí un número crecienete de normas hasta llegar al sistema que abraza a rodo el derecho-. En tanto que la primera actividad se encontraría ligada a la letra de las disposiciones objeto de la sistematización, la segunda las trasciende, por cuanto se oriente hacia una noción del sistema propuesto desde un determinado modelo filosófico (63).

La tipología establecida por Losano pretende de una restricción del alcance de la expresión "dogmática" poco acorde con el sentido de los textos de Savigny y Ihering. Este habría confundido la expresión "dogmática" con la de "sistema", más genérica y abarcadera. Particularmente, el "primer Ihering" sería para Losano exponente de

una noción puramente externa del sistema, según la cual éste sería el resultado de una ordenación didáctica y pragmática de la materia jurídica operada exclusivamente por la ciencia, y carente de exigencias propias de la materia jurídica en sí. Sólo con el advenimiento de una noción profundizada de la experiencia jurídica, y una vez que la ciencia jurídica comienza a valerse de una noción trascendental de derecho, sería posible pensar en una noción interna de "sistema", y de "construcción" propiamente dicha. Algunos textos ya analizados proporcionan bases suficientes como para desear una tipología que, si bien tiende a una siempre útil clarificación conceptual, no logra un apoyo suficiente en los textos de los propios fundadores de la dogmática (64) Se impone, sin embargo, en la caracterización de Lozano, la idea de que la ciencia jurídica posterior a Savigny ofrecería un modelo de tratamiento científico del derecho basado en por lo menos dos puntos centrales:

- a) La presencia de un principio organizador y unificador del material con que opera la ciencia, que define precisamente la cientificidad del enfoque -influencia, a través de Schelling del pensamiento Wolffiano-kantiano-.
- b) Abandono del respeto estricto y riguroso

de las fuentes, desde que estas son instrumentadas con vistas a los fines de la actividad sistematizadora (65). Como se verá, en la idea de Ihering acerca del método histórico-natural y de la función desempeñada dentro del mismo por la construcción tienen acabada expresión ambos principios.

La construcción es, para Ihering, una aplicación del método jurídico de la historia natural a la materia jurídica, que opera, como ya se ha visto, la conversión de las reglas en definiciones jurídicas. Sobre la base de un determinado derecho histórico, la ciencia descubre los principios directivos, las reglas latentes que pudieron pasar desapercibidas a los protagonistas concretos de ese derecho, aún cuando su realidad se funda en la propia naturaleza del derecho. El elemento abstracto del derecho no es evidente de por sí a quien analiza los datos históricos como realidades desnudas; se impone a la visión del científico, que aún referida a la historia cobra así un carácter productivo. La actitud subjetiva y las categorías mentales del científico concurren a la configuración del dato científico (66).

La teoría jurídica es, para la dogmática, una construcción lógica apta para deducir, a partir de ciertas hipótesis generales obtenidas a partir de la observación empírica, un conjunto de proposiciones.

ciones concernientes al ámbito de investigación de que se trate. Este esquema, indudablemente formulado a partir del modelo de las ciencias naturales, parece aplicable a cualquier teoría deductiva y, en particular a las organizadas axiomáticamente. Ello implica que los principios o hipótesis generales desempeñan el papel de axiomas, en tanto que las proposiciones derivadas a partir de conclusiones lógicas pueden ser consideradas como teoremas de validez particular, en un ámbito más restringido del sistema general. Lo que en rigor atribuye el calificativo de jurídica a tal teoría es la naturaleza propia de los datos u objetos a las que el jurista entiende referirse en su tarea de análisis y construcción. La referencia de Ihering a las normas positivas como punto de partida de la tarea de construcción científica tiene precisamente el sentido de imponer al sistema formal de la ciencia una interpretación determinada en términos de realidad (67).

Es evidente que la ciencia no se estructura como sistema axiomático desde un principio. Ello ocurrirá en un grado avanzado del proceso de observación-generalización. No es vano acude Ihering al ejemplo reiterado de la química. La esencia del derecho -escribe Ihering refiriéndose al contenido de la técnica jurídica- consiste en analizar, disolver y separar, y en tal sentido cabe hablar de una química del derecho, que se ocupa

de la búsqueda de sus elementos simples (68) El ejemplo de la química no es, pues casual ya que ofrece una experiencia científica mucho más afín con la propia del derecho que la de las ciencias puramente formales o inclusive la de la física. La química -indica Cassirer- trabaja con elementos simples que logra describir en su composición y contenido sustancial. Sus progresos le permiten, en una instancia ulterior del conocimiento, plantear el problema de la construcción. En la química, el problema del dato individual es central a la teoría, a diferencia de la física en donde los conceptos de hipótesis y ley permiten soslayar en el análisis la presencia de las sustancias particulares presentes en la realidad empíricas en sí

(69) Una vez concebida la idea general de átomo y establecida la composición atómica de los diferentes elementos, la conceptualización de la química pasa a coordinar, en función de perspectivas establecidas intelectualmente por el investigador, las determinaciones múltiples y diversas obtenidas y a combinarlas en clases específicas. A partir de la "valencia", entendida como expresión de una propiedad fundamental del elemento y a la vez independiente de sus afinidades químicas, es posible llegar a la idea de tipo, que rige un conjunto específico de combinaciones. Los elementos pertenecientes a un mismo "tipo" se caracterizan por su deducibilidad de conjunto respecto de una norma fundamental dada en función de una secuencia de sustitución

ciones conforme a las reglas concernientes a la valencia de los diferentes átomos (70) El tipo sirve de paradigma a ciertas relaciones lógicas. Sobre la base de algunos principios generales, es posible así un reagrupamiento de los diversos elementos y series de combinaciones en torno a ciertos centros de referencia, alrededor de los cuales gira la tarea de construcción científica.

Bajo este modelo, no es extraño que la solución intentada por Ihering al problema de la tensión general-particular en la formación de los conceptos se generalice bajo la forma de una teoría de la construcción científica basada en el paradigma de las ciencias empíricas, expuesta sobre todo en el libro II tít. III cap. I secc. 2 -dedicado a la exposición del análisis, concentración lógica y construcción jurídica como las tres operaciones fundamentales del método o la técnica jurídica-.

El punto de partida de la reflexión metodológica de Ihering consiste, como se ha visto, en la afirmación de que el método jurídico no es una regla exterior arbitrariamente aplicada al derecho, sino que es el resultado exigido por la propia naturalidad del fenómeno jurídico -"el método único"- Sus principios y reglas, las operaciones que lo conforman desde el momento de máxima simplicidad hasta su fisonomía más compleja y elaborada, vienen exigidas por una necesidad esencial, que no es

otra que el cometido instrumental del derecho:
 "el regular de manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica" (71).

Impera en el derecho una necesidad tan lógica e imperiosa que las reflexiones elaboradas sobre la base del derecho romano antiguo bien pueden ser elevadas a lenguaje general de la técnica jurídica, con abstracción de los ordenamientos jurídicos que en concreto se consideran. Ello impone, desde un principio, una respuesta al dilema central de la ciencia jurídica: si es verdad que el derecho existe para realizarse y que en tal dimensión práctica alcanza aquél su verdad ¿será posible determinar de una manera general -"absoluta"- cómo se realiza el derecho? "Respondo sin vacilar -escribe Ihering-: los diferentes derechos se cumplen todos y por todas partes de la misma manera, su contenido material importa poco. Bajo esa relación existe el ideal absoluto que todo derecho trata de conseguir y que a mi juicio una reunión de dos condiciones: que el derecho deba realizarse de un modo necesario, seguro y uniforme, y además, de una manera fácil y rápida, circunstancia esta última en que las varias legislaciones positivas presentan diferencias notables" (72) Se trata, pues, de una cuestión de forma y no de fondo, aún cuando este último aspecto revierta inevitablemente sobre el primero. La "teoría de la técnica" busca precisamente determinar las condiciones generales bajo

las cuales el derecho es capaz de cumplir con su objetivo de asegurar la seguridad y estabilidad de las relaciones sociales como un máximo de economía y rapidez, abstracción hecha de sus contenidos particulares en cada ordenamiento.

Las ideas de simplificación cuantitativa y cualitativa sirven a Ihering de instrumentos descriptivos del cometido de la técnica jurídica. La simplificación cuantitativa tiende a disminuir en lo posible la masa de datos y materiales utilizados. Rige aquí una ley general de economía que cobra formas diversas, ya sea en el análisis o en la concentración lógica de la materia, ya sea en la fase de sistematización, cuando cobra la técnica su grado máximo de realización. La simplificación asciende el ámbito de lo cuantitativo -esto es, de lo relativo al desarrollo y extensión de la materia considerada- y llega a abarcar la propia calidad de lo tratado. La racionalización se extiende así al orden interno, a la simetría y a la unidad de las normas consideradas. En la unidad encuentra la técnica su objetivo: el equilibrio armónico entre lo general y lo particular, entre el todo y las partes (73).

La base del método jurídico consiste en el análisis concebido por Ihering como tarea técnica regulada por la abstracción. Abstraer es, en este orden de ideas, separar lo general de lo particular,

concibiendo a una y otra dimensión de la materia jurídica como respectivamente tales (74) El concepto obtenido permite imponer a la multiplicidad propia de los materiales observados una unidad que les otorga la fisonomía de una serie relacionada y con consistencia propia. Desde el momento en que la ciencia llega a abstraer de la totalidad histórica que considera como objeto de conocimiento un principio general, éste cubre hasta cierto punto una vida propia. El caso aislado en que aquél se manifiesta, sirve de "punto de irrupción histórica" a la idea en cuestión. A partir de entonces se manifiesta su "fuerza de expansión lógica", y a la abstracción sucede una generalización creciente del alcance de sus resultados (75) Dicha tarea puede denominarse -según Ihering- extensión por analogía y es el cometido por excelencia de la jurisprudencia. La extensión por analogía opera a través de una "separación de la forma local originaria de lo que es general por naturaleza y destino" (76) Lo esencial y lo occidental ofrecen así una primera pauta discriminatoria sobre la que se hace posible la construcción científica.

A través de lo dicho, es posible apreciar la presencia implícita de un planteamiento filosófico de fondo, cuyas premisas pugnan por condicionar al sentido de la argumentación. Un fenómeno jurídico no es para Ihering algo accidental o azaroso. Su manifestación existencial es el fruto de

una suerte de necesidad urgente, y ello no es otra cosa que "una aplicación de la ley universal del progreso" (77) La fuerza lógica de la misma escapa al práctico y al legislador y solo resulta accesible al científico, merced a la operación de "extensión por analogía y a su posibilidad de trascender el orden de las palabras y encontrar el orden de las ideas del legislador.

El análisis lógico ofrece a la ciencia principios que, abstraídos tanto de los motivos históricos como de las circunstancias normativas que actuaron como punto de su irrupción, resultan combinables con otros principios, en el seno de relaciones más amplias y comprensivas. Cabe distinguir sin embargo, dentro del "alfabeto jurídico", entre "consonantes" y "vocales". Las primeras estarían representadas por aquellos principios cuyo nivel de generalidad los adscribe necesariamente a una especie y a un ámbito de aplicación determinada. Se trataría de principio independiente, no por relación a la materia de la que provienen, sino por su capacidad de configurar posiciones autónomas, capaces de realizarse sin el concurso de otras naciones. Ihering se refiere, como ejemplos de este tipo de principios, al contrato de compraventa, la servidumbre de paso, el testamento. La función de las vocales es cumplida, en cambio, por un tipo de principios de mayor generalidad, "semejantes a la atmósfera que flota por la superficie del globo

y que no estando unida a ningún punto determinado, muévase libremente, y entra en contacto con todos los cuerpos" (78). Se trata de principios dependientes, en el sentido en que dependen para su realización de nociones de la primera especie. Ejemplos típicos serían las nociones de error, nulidad o mora. Su generalidad las torna aplicable a una gran pluralidad de situaciones, en tanto que los principios o nociones concretas se encuentran determinadas y localizadas.

La dependencia entre nociones científicas y materiales positivos ocupa repetidamente la atención de Ihering, si bien sus soluciones son siempre dubitativas. Admite la posibilidad de un alfabeto jurídico universal, pero sin perder de vista el carácter puramente formal de sus componentes; reconoce la historicidad y particularismo que, a partir de su génesis, cobran las nociones jurídicas, exigiéndoles, sin embargo, capacidad para desafiarse las influencias espacio-temporales; exige a la ciencia la claridad y simetría de la construcción, a la vez que repudia su tendencia a presentar formaciones orgánicas -como en la construcción jurídica de los germánicos.

El tratamiento prestado por Ihering, a la etapa de concentración lógica subsiguiente al análisis ofrece perspectivas para una mayor clarificación. La aclaración en el sentido de que se trata de un procedimiento lógico universal y no de

una operación puramente jurídica pone de manifiesto la convicción de Ihering acerca de las posibilidades de una metodología general, de la cual la aplicación al derecho constituiría un capítulo particular. Se trata, en definitiva, de la concentración del "volumen exterior" de la masa de materia jurídica creada por el derecho positivo en función de situaciones jurídicas determinadas (79). El cometido principal de la ciencia es la reducción de su objeto propio al principio. El jurista recorre así el camino inverso al del legislador, ya que en tanto éste último determina su acción a impulsos de situaciones concretas que es menester normal, aplicando incoscientemente ciertos principios generales, el primero debe intentar abrazar "toda la masa de la materia en un solo y único principio" (80) Lejos de reducir la perspectiva del conocimiento, la posesión del principio proyecta a la ciencia a nuevas reglas que se derivan del mismo como sus consecuencias lógicas.

En este punto, la ciencia jurídica afronta sus mayores complejidades. El juego de principios y excepciones, la pluralidad de principios inspiradores de una institución determinada, la propia evolución de las instituciones que pueden invertir en momentos históricos diversos la relación principio-excepción, son algunas de las situaciones en las que la ciencia debe empeñar toda su capacidad de análisis y síntesis.

Resulta sorprendente advertir el silencio de la doctrina contemporánea en este punto. K. En gisch advierte acerca del "ostracismo en que ha caído la 'jurisprudencia de conceptos' e igualmente el 'alfabeto jurídico' y la distinción entre cuerpos jurídicos abstractos y concretos" (81) La teoría de la definición y la teoría del concepto jurídico de la dogmática apenas si podría ser entendida al margen de la distinción efectuada por Ihering entre conceptos independientes o concretos y dependientes o abstractos, y de sus repercusiones en lo que a las ideas de concentración lógica y construcción científica se refiere. En Ihering, resulta evidente el vuelco de la dogmática hacia una idea de la "concentración" en cuanto "totalidad". Análisis y concentración lógica son posibles al papel de la abstracción. Si ésta no tiene por objeto -como explica Ihering- ni la exclusión del elemento individual para reemplazarlo por puntos de vista generales, ni tampoco el hacer conocer lo que en realidad individual o general, es natural que "exiga la concepción exacta de lo uno y de lo otro" (82) La idea de "tipo" queda así prefigurada como centro de gravedad de la teoría dogmática del concepto y la construcción jurídica (83).

Con el estudio de la naturaleza, leyes y principios de la construcción jurídica culmina la descripción del método de la historia natural. El punto de partida es la distinción entre una forma

inferior de saber jurídico, orientada a la consideración de los materiales jurídicos en su forma primitiva -es decir, como imperativos, independientemente de cuál sea la forma lingüística que adopten, y, por otro lado, un saber jurídico superior que, orientado por la idea de construcción, trabaja sobre los materiales originarios con un rigor que lo eleva a la dignidad del nivel propiamente científico.

El tema de mayor importancia en este punto de la exposición de Ihering es, sin duda, el tratamiento prestado a la interpretación. "La interpretación -enfatisa Ihering-, he aquí, en una palabra, el campo de actividad de la jurisprudencia inferior" (84) El objeto de la interpretación no es, para Ihering, sensiblemente diferente al propuesto por Savigny y la tradición de la hermenéutica historicista: "Explicar la materia, resolver las contradicciones aparentes, disipar las oscuridades y faltas de precisión, esclarecer todo el contenido de la voluntad del legislador en que están basadas y, de esos principios, las consecuencias que se derivan" (85) Su método fundamental es, pues, la deducción, ya que aspira a inferencias de conclusiones implicadas necesariamente por las premisas. Es por ello, que en esta etapa, la ciencia del derecho "no aporta nada nuevo. No es sino la sustancia jurídica originaria, aunque explicada" (86) Al igual que en toda disciplina que parte de la existencia de documentos,

la interpretación aparece como un primer momento de la actividad sistematizadora, en el que queda establecido el sentido de la materia prima legislativa disponible. Se trata, pues, de un primer paso, indispensable, aunque aún carente de implicaciones científicas. Ihering discute incluso su relevancia jurídica, atribuyendo así a la interpretación el carácter de metodología universal y básica, sobre la base de cuyos resultados construyen las ciencias particulares sus teorías específicas.

Lo que distingue a la tarea de verificación empírica y ordenación de materiales propia de la interpretación del nivel superior de la ciencia es la capacidad de ésta para tratar la materia jurídica no en términos de disposiciones jurídicas aisladas y carentes de existencia sustancial y autónoma, sino como conjuntos estructurales, "individualidades lógicas, seres jurídicos" (87). Para el método de la historia natural -explícitamente inspirado por el Savigny de los escritos programáticos, lo que cuentan son los institutos, que como verdaderos cuerpos jurídicos ostentan la individualidad y organidad interna de que carece la materia jurídica en sí misma y con anterioridad a la tarea informadora de la ciencia.

En su aplicación a la materia legislativa, el método de la historia natural no implica una simple reclasificación ordenadora, destinada a fa

cilitar soluciones técnicas. Se trata de una verdadera transmutación de la materia jurídica; de un cambio que transforma y eleva la materia, a la vez que ennoblece y otorga dignidad a la propia tarea del jurista. La descripción de Ihering es elocuente: "Humilde sierva del legislador, condenada hasta aquí a reunir penosamente particularidades aisladas, emprende vuelo y se convierte en arte, en una ciencia libre; un arte que otorga a la materia forma y aspecto artístico a la vez que le insufla vida; una ciencia que a pesar del carácter positivo de su objetivo, puede ser designada como una ciencia natural en el dominio intelectual"... "Este método es el secreto de la ciencia jurídica, es el que consagra su poder sobre la materia y su atracción sobre nuestra razón" (88).

En la teoría del instituto jurídico profesada por Ihering es dable apreciar rasgos similares a los notados en el análisis de la noción en Savigny. Ihering desecha por principio el interés y utilidad de una tarea de definición de los institutos según sus finalidades u objetivos propios. Consecuentemente con su idea de la ciencia jurídica como "teoría de los medios que el derecho reserva para los fines de la vida" (89), y teniendo en cuenta que existen institutos cuya génesis es debida no tanto a finalidades utilitarias como a la lógica o a la "necesidad jurídica", Ihering prefiere un análisis estructural de sus elementos, El

método jurídico opera así como una anatomía del de recho, en que los cuerpos jurídicos con objeto de una disección destinada a la observación de los elementos que lo componen; sujeto, objeto, contenido, efectos, acción, etc. Dichos elementos son, en su necesidad lógica, parte de la definición de cada cuerpo jurídico, y su determinación implica para el análisis el paso de un conocimiento genérico como el del práctico a un conocimiento que opera con nociones y definiciones lógicas, capaces de marcar la individualidad lógica de las instituciones dentro del sistema de la ciencia.

La noción de "definición" empleada por Ihering resulta ambigua e incompleta. Sus esfuerzos por delimitar el problema no pasan, en el Espíritu, de una ejemplificación descuidada, que deja en penumbra cuestiones tales como las relativas a las condiciones de validez de la operación, los límites de su eficacia o su contribución al progreso de los modelos de conocimiento científico. Su alusión a la posible exactitud de las concepciones ~~frente al~~ ~~caracter~~ ~~forzosamente~~ ~~incompleto~~ de las definiciones (90) parece referirse a la idea de la lógica tradicional acerca de la imposibilidad práctica de agotar el contenido integral de un concepto y de esa "opción" entre signos del objeto definido que 'como señalaba Gény al analizar críticamente el problema- condiciona en definitiva a la definición (91) Nada dice, sin embargo, de la naturaleza de la actividad lógica a través de

la cual se formulan las definiciones. A través de su exposición, parece evidente que las definiciones jurídicas se asimilan a las definiciones propias de las ciencias naturales. Su objeto sería, pues, el enunciar aquellos caracteres de una cosa de los cuales se deducen sus otros caracteres, sin embargo, una referencia clara a la relación lógica existente entre la idea de definición jurídica como definición real y la teoría de la abstracción sugerida en el Espíritu.

Lo cierto es que la referencia al problema de la definición cumple con el papel expositivo deseado por Ihering. Es a partir de la definición como resultado -y no como actividad- que el método de la historia natural procede a desenvolver sus etapas subsiguientes: determinación de

- a) Las cualidades y fuerzas de los cuerpos jurídicos -divisibilidad, indivisibilidad, fuerza de expansión lógica, posibilidad de coexistencia con otros cuerpos jurídicos, elasticidad, etc-.
- b) Sus fenómenos vitales nacimiento suspensión, interrupción, duración, modificación, extinción, etc.
- c) Sus relaciones con otros cuerpos -compatibilidades, incompatibilidades, concurso, con-

flictos, etc.-.

- d) Su clasificación sistemática, con la que el método de la historia natural alcanza su culminación al alcanzar el "árbol genealógico de nociones" que hace posible la correlación entre definiciones y, finalmente, el sistema de la ciencia (92).

La construcción jurídica es, pues, la aplicación a la materia jurídica de los principios del método de la historia natural. A través de la misma, la ciencia jurídica se revela como una disciplina productiva, capaz de imprimir a la materia que trata modificaciones cualitativas. Como tal, la ciencia jurídica trasciende la pasividad del saber histórico, y adopta la constextura de un saber técnico, definido por su capacidad de configuración de su objeto propio. La metáfora naturalista no cumple así otra función que la de explicar el dinamismo propio de nociones lógicas, dinamismo que caracteriza no a la materia jurídica originaria, sino al ~~resultado de la construcción científica~~. Como indica Wilhelm, "la dialéctica interna del cuerpo jurídico" lleva a la ciencia a nuevos conocimientos y a nuevo derecho; la historia retrocede así a la modesta función de ofrecer el derecho la ocasión de manifestarse. Hasta cierto punto, la historia del derecho se limita al desenvolvimiento del sistema (93).

En este punto, el paradigma científico del positivismo da un paso decisivo hacia su configuración definitiva. El material jurídico se resuelve en el concepto y éste, a su vez, en el sistema, liberando así una "energía lógica inmanente al de recho" (94), capaz de ampliar y completar el contenido de cualquier institución particular y del sistema mismo. Con ello, la idea de sistema presente en Savigny, ligada aún a la idea de totalidad orgánica y a una vinculación con la experiencia jurídica, cede su lugar a una ciencia jurídica orgánica, que encuentra la totalidad en el sis tema conceptual mismo. La exposición de las "le-
yes" de la construcción jurídica es el punto crucial de este proceso.

La construcción recibe, ante todo, una pri mera delimitación de su campo propio: Es toda ope ración de organización del material positivo, siem pre que supere el nivel de la descripción, para modelar, inventar y organizar, al modo de la ope ración artística, su objeto de conocimiento (95). La propia consistencia de éste último impone a la construcción ciertas leyes básicas.

La primera de estas leyes gira en torno a un principio de carácter axiomático para la dogmá tica: "la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo" (96) Para Ihering, la tradición o la historia carecen en absoluto de

importancia, en tanto que simples construcciones desprovistas de trascendencia jurídica. Libre y desligada de ataduras conceptuales y prejuicios, la ciencia jurídica debe reconocer como punto de partida el dato positivo, debido precisamente a que su cometido esencial es la explicación racional de las disposiciones positivas. El ordenamiento positivo determina así el ámbito de legitimidad de la labor científica, al tiempo que delimita su contenido y alcance. La ciencia nutre su fuerza en una cuidadosa delimitación de campos, mediante la cual el legislador debe evitar la construcción para preservar su autoridad y poder, a la vez que el jurista evita trascender el límite de validez de su trabajo, deteniendo ante lo que es materia de la actividad reformadora del legislador. Su capacidad innovadora, lejos de verse menoscabada, se despliega sin límites sobre la base del horizonte predeterminado por el orden positivo.

La segunda ley se refiere a la coherencia sistemática de la construcción. El encontrar a un cuerpo jurídico determinado en una posición contradictoria con la noción que le es asignada por la ciencia -ejemplifica Ihering- conspira contra su viabilidad científica y derecho a la existencia. La construcción científica se prueba a sí misma a través de un enfoque de sus resultados a partir de todas las posiciones e hipótesis imagi-

nables, a partir de todas las combinaciones y todos los cuestionamientos de principio. "La construcción no sale victoriosa de la prueba, no es legítima y verdadera, sino desde que todo concuerda entre sí" (97). La contradicción e incoherencia es el signo de la imposibilidad y el sinsentido jurídicos. Es en este orden que se manifiesta la capacidad de la ciencia como "arte de la conciliación", apto para marcar un indispensable punto de equilibrio entre la unidad y coherencia interna de los axiomas y teoremas de la ciencia por un lado y, por otro, la irrupción en el ámbito de la ciencia de nuevos principios y realidades institucionales. Este equilibrio viene impuesto no solamente por una exigencia argumental, sino sobre todo por la vinculación esencial existente entre las exigencias de "coherencia" y "consistencia" en el sistema de la ciencia jurídica.

La tercera ley, denominada por Ihering "de lo bello jurídico" (98) tiende a destacar, conjuntamente con el elemento "positivo" objeto de la primera ley y con el elemento "lógico" objeto de la segunda ley, la presencia de un elemento "estético" que acompaña a toda construcción bien hecha. La denominación de "ley" resulta difícilmente aceptable ya que la argumentación de Ihering parece referirse más bien a un corolario de las leyes anteriores, aludiendo al sentimiento que causa en el espíritu del investigador la naturalidad, simple

ciudad, claridad y transparencia de un razonamiento lógicamente coherente y consistente. En cuanto el sistema es la forma visible de la materia una vez asumida y configurada por la ciencia, es a la vez su forma plástica. La incongruencia lógica, la inconsistencia explicativa, la insuficiencia en la argumentación, el carácter forzado de demostraciones o conclusiones se reglejan en un sentimiento de rechazo intuitivo en el que el factor estético precede a la argumentación estrictamente lógica.

En este punto vuelve a manifestarse la ambigüedad de la noción de construcción, utilizada por Ihering en por lo menos dos sentidos. El primero, como "entidad construida" o "resultado", en cualquiera de los niveles de la actividad científica. El segundo, relativo a la totalidad del sistema (99). En una primera apreciación parecería repetirse la observación de Savigny acerca de la relación de "proporcionalidad" entre institutos y sistema jurídico y es posible que tal sea el fundamento de un uso deliberadamente amplio de la noción por parte de Ihering. Con todo ello no resuelve, el problema que plantea el hecho de que en la idea del método expuesta en el Espíritu, la noción de construcción se vea afectada por la diversa naturaleza de la actividad racional en uno y otro nivel. Como se ha dicho, en el nivel en que la "construcción" de los cuerpos jurídicos acontece, la posición del científico frente a su objeto de conocimiento -las reglas jurídicas- es primordialmente

pasiva. Su método es la abstracción, complementada por la analogía extensiva. En el segundo nivel, la "construcción" del sistema es objeto del desbordamiento de las virtualidades lógicas de la materia considerada -los cuerpos jurídicos y sus relaciones intra-sistemáticas-. La posición del científico es fundamentalmente activa, y la invención prima sobre la descripción generalizadora. La exposición de Ihering acerca de las leyes de la construcción llega a apuntar en parte los problemas, aunque sin hacerse cargo de esta ambigüedad de fondo. Buena parte de las dificultades de la metodología científica posterior serán fruto de esta inconsistencia argumental.

La referencia a la utilidad y valor técnico de la construcción con que Ihering cierra su exposición metodológica vuelve a reflejar este problema. El sistema es "la forma práctica más ventajosa de una materia positiva dada". (100) A la vez que contribuye a un reforzamiento de la fuerza práctica exterior del derecho, afirma su forma práctica interna. A través del sistema, el ordenamiento jurídico se torna perceptible como totalidad objetiva y, al mismo tiempo, como imagen. El método abre así la posibilidad de ese tratamiento seguro, rápido, inmediato e intuitivo que lo caracteriza como científico. El sistema -recuerda Ihering- es al mismo tiempo la forma más suscinta, concentrada y transparente de la materia jurídica. Si por

momentos abandona lo que para una visión superficial podría ser la "práctica", no es sino para remontarse al origen de las instituciones y determinar así su inserción sistemática: "para ser práctica, la jurisprudencia no debe restringirse únicamente a las cuestiones prácticas" (101).

Ello es así porque el sistema es, al mismo tiempo, una fuente de materia nueva. Aún cuando los límites naturales de la ciencia restrinjan su ámbito de actuación a los materiales del derecho positivo, su cometido puede ser considerado como productivo, desde que el método de la historia natural no solamente de cuenta acabada de la realidad del derecho positivo, sino que avanza en la formulación de nuevos espacios normativos, colman di kagybas y desarrollando en sus virtualidades lógicas lo que viene exigido por naturaleza en la propia realidad de los cuerpos jurídicos. Citando al germanista Runde, Ihering habla de naturaleza de las cosas, "expresión que da cuenta justa y en todos los puntos del método de la historia natural" (102). A través de esta "gimnasia dialéctica", la ciencia jurídica asume su cometido propio y esencial, que no es otro que el sistema. Teoría y praxis no son así otra cosa que momentos diversos que se reconcilian en el seno de la totalidad.

NOTAS

- (1) WOLF , E: Rudolf von Ihering, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit, pp. 121-122.
- (2) WOLF, E: Op. Cit. p. 123.
- (3) WIEACKER, F: Historia del derecho privado en la Edad Moderna, cit, p. 378. En sentido similar, el cuadro propuesto por WESEMBERG, G: Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der Europäischen Rechtsentwicklung. Lahr-Schwarzwald, 1969, pp. 142-148.
- (4) LARENZ, K: Metodología de la ciencia del derecho, cit. p. 33.
- (5) LARENZ, K: Op. Cit. p. 34.
- (6) WOLF, E: Op. Cit. p. 125.
- (7) WOLF, E: Op. Cit., y ORESTANO, R: Op. Cit. p. 234.
- (8) WOLF, E: Op. Cit. pp. 65-72.
- (9) WIEACKER, F: Op. Cit. p. 396
- (10) Cuyo enfoque de "los dos " Ihering se inclina decididamente hacia el reconocimiento de la importancia prioritaria del "segundo" y de su giro hacia la jurisprudencia pragmática. Cfr. Op. Cit. pp. 59-60.
- (11) SIPERMAN, A: Ihering, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit. pp. 98, 102, 114 y 115.
- (12) PASINI, D: Saggio sul Ihering. Milán, 1959.
- (13) RADBRUCH, G: Filosofía del derecho. Madrid, 1952, p. 34.
- (14) STONE, J: The province and function of law, Law as logic, justice and social control. A study in jurisprudence. Sidney, 1496, p. 313.

- (15) PARESCHE, E: La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto. Milán, 1975, pp. 26-27. En opinión de Paresche, la herencia de Ihering se centra sobre todo en su idea de la dogmática como instrumento práctico de construcción del derecho. Su contribución más importante sería el ataque contra la proliferación pseudológica del constructivismo y su consideración correlativa de la dogmática no como investigación de nexos puramente lógicos, sino "funcionales", propósito finalmente frustrado como resultado del condicionamiento general de las ideas de la época, Cfr, al respecto, ZULETA PUCEIRO, E: Qué significa para nosotros Ihering, cit. p. 242
- (16) WIEACKER, F: Op. Cit. pp. 378-379
- (17) WIEACKER, F: Op. Cit. p. 379.
- (18) WIEACKER, F: Op. Cit. p. 383.
- (19) WIEACKER, F: Op. Cit. p. 385. LUHMAN, N: Stato de diritto e sistema sociale. Trad it. de F. Spalla. Napoles, 1978 apunta, en el mismo sentido a la importancia de la ciencia jurídica como respuesta a la necesidad de motivaciones racionales a la legitimidad de la decisión política, frente al cambio estructural de las condiciones de vida social -cit. p. 34-. Una profundización similar, referida al derecho natural racionalista como germen de la codificación y de la actitud abstractizante de la dogmática posterior viene propuesta por HABERMAS, J: Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Trad. J.L. Etcheverry. Buenos Aires, 1975 pp. 110-111.
- (20) Debe tenerse en cuenta, a tal efecto, la noción de "ley" generalizada por los comentaristas del Code a lo largo de todo el siglo XIX. Cfr. en general CATTANEO M: Illuminismo e legislazione, cit. pp. 142-150.
- (21) ZULETA PUCEIRO, E: Qué significa para nosotros Ihering, cit. p. 249; asimismo, CARRIO, G: Notas sobre derecho y lenguaje, cit. p. 52; BONNECASE, J: L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Paris, 1924, cap. II en general y BATTAGLIA, F: L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese, en RIFD (1929), p. 197.

(22) IHERING, Esprit, cit. III, pp. 63-64.

(23) WINDSCHEID, B: Diritto delle Pandette. Trad. C. Fadda y P.E. Bensa. Turín, 1930-VIII, Vol. I, I, I, párrafo 14.

(24) Suele repetirse la frase de BUGNET: "No conozco el derecho civil, sólo enseño el código Napoleón", por su parte, Laurentescribe: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre puesto que el derecho está escrito en textos auténticos. Pero para que los códigos presenten esta ventaja es preciso que los autores y magistrados acepten su nueva posición"... "A ellos no les toca la tarea de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y magistrados usurparían el poder que la Nación soberana ha investido con esa atribución". Cfr. su Cours Élémentaire de Droit Civil, Prefació, I, p. 9, cit. por ZULETA PUCEIRO, E: Qué significa para nosotros Ihering, cit. p. 250. Sobre los alcances de la actitud expuesta, en la doctrina y enseñanza del derecho, es de especial interés ARNAUD, A-J: Les juristes face à la société du XIX si ècle a nos jours, Paris, 1975, espec. pp. 45-60.

(25) KALINOWSKI, G: Querelle de la sciences normative, cit. p.2. Para un contraste con la idea de la ciencia generalizada en el mecanicismo del siglo XIX, cfr, AGAZZI, E: Temas y problemas de filosofía de la física. Trad. J. Vidal. Barcelona, 1978, pp. 43 y ss.

(26) IHERING, Esprit, I, 35.

(27) Esprit, I, p. 37.

(28) Esprit, I, p. 38.

(29) Esprit, I, p. 38. El subrayado es nuestro. Cfr. asimismo, los textos de III, pp. 61-79.

(30) ZULETA PUCEIRO, E: Op. Cit. p. 254.

(31) Esprit, I, p. 40. Sobre el problema que ello plantea cfr. VILLEY, M: De l'indicatif dans le droit, en APD, XIX (1974), pp. 33 y ss. y la respuesta de KALINOWSKI, G:

Sur les langages respectives du législateur, du juge et de la loi, en op. cit. pp. 63 y ss.

(32) IHERING, Esprit, I, p. 40.

(33) LARENZ, K: Op. Cit. p. 40.

(34) LARENZ, K: Op. Cit., p. 40.

(35) LARENZ, K: Op. Cit. p. 40

(36) Una investigación valiosa acerca de los alcances del método dogmático en el derecho civil puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, J: Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros, en Estudios sobre derecho de cosas. Madrid, 1973, espec. pp. 248 y ss., con acertada consideración crítica del método de inversión.

(37) Esprit, I, p. 43.

(38) Esprit, III, p. 17 y I, p. 28.

(39) Esprit, III, p. 35.

(40) Esprit, I, p. 49.

(41) Esprit, I. p. 50.

(42) MILLAS J: Ihering y la idea de la ciencia del derecho, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit. p. 298.

(43) MILLAS, J: Op. Cit. p, 299.

(44) Esprit, I. p. 17.

(45) Esprit, I, pp. 23-24. "A medida que la doctrina de la historia natural del derecho se perfeccione por medio de la filosofía del derecho y del derecho comparado; a medida que se enriquezca de ideas y puntos de vista nuevos, la noción de la verdadera esencia del derecho romano, se tornará cada vez más vasta" -p. 24-

- (46) Esprit, I. p. 24.
- (47) Esprit, I, p. 26.
- (48) Esprit, I, p. 27.
- (49) Esprit, I, p. 28.
- (50) Esprit, I, p. 29.
- (51) Esprit, I, pp. 29-30.
- (52) Esprit, I. p. 37.
- (53) Esprit, I, p. 38; asimismo, III, pp. 15, 30, 37, 46, 55, 67, etc.
- (54) Esprit, I, p. 37 y 54, III, p. 78.
- (55) Esprit, III, p. 6.
- (56) Esprit, III, p. 13.
- (57) Esprit, III, p. 14, con una referencia directa contra la tradición científica de la Escuela Histórica.
- (58) ZULETA PUCEIRO, E: Op. Cit. p. 262.
- (59) LEVI, A: Pandettistica, dogmatica moderna e filosofia del diritto, cit. p. 273; ZULETA PUCEIRO, E: Op. Cit. p. 263, nota 46.
- (60) Esprit, III, p. 9.
- (61) Sul formalismo giuridico, en Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale, (1958), p. 989, cit, por LAZZARO, G: Storia e teoria della costruzione giuridica. Turin, 1965, p.7.
- (62) Explicitada sobre todo en su Teoria della acienza giuridica. Turin, 1950.
- (63) LOSANO, M: Sistema e struttura nel diritto, cit. p. XXIV.

(64) El punto de apoyo más sólido para la teoría propuesta por Losano es, tal vez, su intento de vincular las ideas de dogmática y construcción desde el punto de vista dinámico -como actividades sistematizadoras del jurista- y su separación desde el punto de vista estático -para el que aparecerían como actividades complementarias, aunque diversas en sus raíces históricas y resultados- Cfr. Op. Cit. pp. 171-172. Resulta asimismo sugestiva su idea de que en el pasaje desde la dogmática a la construcción -consumado por la Escuela Histórica- se encuentra el nudo central de la problemática de la moderna ciencia del derecho -p. 186 y ss- Cfr. ORESTANO, R: Op. Cit. p. 245.

(65) LOSANO, M: Op. Cit. pp. 212-213.

(66) Cfr. el escrito programático Unsere Aufgabe, en Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Recht, pp. 1 y ss. cit. Por LAZZARO, G: Op. Cit. op. 11 y ss.

(67) Sería posible así una distinción neta respecto a los sistemas formales puros de la matemática, para los cuales la interpretación de las estructuras particulares -ya sean concretas o abstractas- es algo secundario y, por lo tanto, posterior a su elaboración. Cfr. con relación a la teoría física, AGAZZI, E: Cit. p. 198.

(68) IHERING, Esprit, III, p. 28.

(69) Para mayor detalle, CASSIRER, E: Substance et fonction. Eléments pour une theorie du concept. Trad. P. Caussat. Paris, 1977, pp. 236-244.

(70) CASSIRER, E: Op. Cit. p. 246.

(71) Esprit, III, p. 6.

(72) Esprit, III, p. 16.

(73) Esprit, III, p. 26

(74) Esprit, III, p. 29.

(75) Esprit, III, p. 31.

- (76) Esprit, III, p. 35.
- (77) Esprit, III, p. 33.
- (78) Esprit, III, p. 37.
- (79) Esprit, III, p. 45.
- (80) Esprit, III, p. 46.
- (81) ENGISCH, K: La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Trad. JJ Gil Cremades. Pamplona, 1968, p. 253.
- (82) Esprit, III, p. 30.
- (83) Sobre el punto, que será objeto de tratamiento posterior, cfr. ENGISCH, K: Op. Cit. cap. V y LARENZ, K: Op. Cit. cap. V.
- (84) Esprit, III, p. 51.
- (85) Esprit, III, p. 51.
- (86) Esprit, III, p. 51.
- (87) Esprit, III, p. 52.
- (88) Esprit, III, p. 53.
- (89) Esprit, III, p. 57.
- (90) Esprit, III, p. 55.
- (91) GENY, F: Science et technique en droit privé positif. Paris, 1913, vol. I, p. 153.
- (92) Esprit, III, pp. 59-61 ofr. asimismo su referencia al problema de la clasificación científica en III, pp. 23-24.
- (93) WILHELM, W: Op. Cit. p. 127
- (94) Expresión de WILHELM, W: Op. Cit. p. 132

- (95) *Esprit*, III, p. 62.
- (96) *Esprit*, III, p. 63.
- (97) *Esprit*, III, pp. 66-67. El subrayado es nuestro.
- (98) *Esprit*, III, p. 71.
- (99) Sobre el alcance de la distinción, cfr. LAZZARO, G:
op. cit. pp. 31-32.
- (100) Esprit, III, p. 74.
- (101) Esprit, III, p. 77
- (102) Esprit, III, p. 78.

CAPITULO IV

LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DISPONIBLE1. Las estructuras latentes

Todo intento de síntesis de los materiales - adquiridos a través del análisis de la tradición - científica de la dogmática tropieza con dificultades obvias. La cuestión puede ser solventada de dos maneras, distintas en el método aunque complementarias - en su objetivo. La primera, intentada a lo largo de los dos capítulos anteriores, consiste en un encuentro directo con los textos fundacionales, buscando - no tanto las coincidencias y homogeneidades de contenido, como la presencia de una serie de preguntas e interrogantes a los que tanto el historicismo como el positivismo científico procuraron dar respuesta - desde sus respectivas ópticas científicas y culturales. A lo largo de esta tarea, lo que era evidente - la comunidad de problemas y dilemas no resueltos - puso de manifiesto lo que era menos evidente : la línea de coherencia interna que, en el orden del pensamiento, permite comprender el advenimiento del positivismo a partir de la estructura de pensamiento del historicismo.

Los resultados obtenidos permiten intentar un segundo paso, consistente en organizar los resultados obtenidos según principios internos a la propia materia estudiada, procurando establecer continuidades y bases comunes bajo las naturales diferencias en la exposición de los autores considerados. En el ámbito de las ciencias sociales, corresponde a R. Nisbet uno de los intentos más logrados en este sentido. Para este autor, la historia del pensamiento suele ser vista como historia de los sistemas. Las ideas se reciben no de un modo atomizado, sino integradas en unidades mayores, y frente a este hecho, la tendencia más frecuente es la de concebir a dichos sistemas como totalidades irreductibles que se oponen y suceden entre sí, como si no fueran a su vez susceptibles de ser desmembradas y reagrupadas según principios distintos. Las insuficiencias de esta concepción se demuestran a menudo en los hechos, cuando la historia de los sistemas nada dice acerca del proceso de evolución efectiva de las teorías científicas. Frente a esta constatación, y particularmente en el campo jurídico, parece necesario centrar la atención en la consideración de las ideas-elementos centrales dentro de una disciplina determinada.

Para ser efectivamente relevantes a los fines propuestos, dichas ideas-elementos deben ser escogidas según al menos cuatro criterios dominantes : Primero: Dichas ideas deben tener generalidad; es decir,

todas ellas deben ser discernibles en un número considerable de figuras sobresalientes de un período, y no limitarse a las obras de un único individuo o de un círculo. Segundo: deben tener continuidad; deben aparecer tanto al comienzo como en las últimas fases del período en cuestión, y ser tan importantes respecto al presente como lo son respecto al pasado. Tercero: deben ser distintivas; es decir, participar de aquellos rasgos que vuelven a una disciplina notoriamente diferente de las otras nociones como "in-dividuo", "sociedad" u "orden" resultan aquí inútiles (por valiosas que sean en contextos más generales) - puesto que son elementos de todas las disciplinas que integran el pensamiento social. Cuarto: deben ser ideas en todo el sentido de la palabra; es decir, algo más que influencias fantasmales, algo más que aspectos periféricos de la metodología; serlo en el - antiguo y perdurable sentido occidental de la palabra, al que tanto Platón como John Dewey podrían suscribir por igual. Una idea -continúa Nisbet- es una - perspectiva, un marco de referencia, una categoría - (en el sentido kantiano), donde los hechos y las concepciones abstractas, la observación y la intuición profunda, forman una unidad" (1).

Esta tarea de profundización en la estructura conceptual de una disciplina debe completarse con un análisis de los mecanismos de integración sistemática de la misma. Estos modos de articulación de la argumentación científica predominante en cada época -

pueden ser denominados estructuras latentes de la disciplina (2). Como tales no son nociones elaboradas por un autor determinado, sino concepciones propias de una cierta comunidad científica. En un autor determinado, la estructuración de su pensamiento y aún sus presupuestos extracientíficos pueden llegar a ser explícitos, en tanto que las estructuras latentes, en cuanto plataformas teóricas comunes a autores y escuelas diversas son, en cambio, por su propia naturalidad, implícitas y subyacentes (3). Con ello, el pluralismo en las orientaciones y posturas doctrinales no solamente no resulta negado, sino que es explicado en su raíz más íntima, ya que la diferencia en los enfoques no sería otra cosa que el impulso hacia la diversificación connatural a la ciencia. En rigor, no podría hablarse de "diversificación" y ni siquiera de "debate" o "discusión" sin una referencia implícita a un fondo común del cual parten, para afirmarlo o negarlo las posiciones enfrentadas. Las estructuras - latentes se encuentran así a medio camino entre los - valores, vivencias y actitudes profundas vigentes en una comunidad científica determinada y los productos objetivos de la tarea científica.

Desde el punto de vista descriptivo, las estructuras latentes de una disciplina científica se - presentan como configuraciones internamente articuladas de nociones, hipótesis, creencias y paradigmas científicos, en las que los contenidos y los factores exógenos que los condicionan resultan difícilmente

discernibles. Lejos del equilibrio estático, se encuentran sometidos a una lógica interna que explica su dinamismo problemático, en términos de evolución e involución. Nada más lejos de la idea de progreso indefinido que el proceso por el cual una disciplina se articula como una tradición de problemas reiteradamente planteados, alrededor de los cuales la argumentación científica describe círculos concéntricos, procurando dar cuenta del estado de sus hipótesis y de su confrontación con la realidad.

La idea de estructura latente se distingue así claramente de la idea de paradigma, en cuanto la supone como uno de sus elementos. Un paradigma es -como indica Kuhn- un logro o realización científica fundamental que incluye a la par una teoría y algunas aplicaciones ejemplares a los resultados del experimento y la observación (4). Como tal, define el ámbito de legitimidad de la investigación científica dentro de un ámbito disciplinario específico, y propone una versión de los problemas fundamentales que en adelante será dada como supuesto indiscutible por parte de los miembros de la comunidad científica. Su ámbito de validez está dado por los problemas a que se refiere y no comprende, por tanto paradigmas de ciencias afines o, lo que es más importante, las presuposiciones implícitas de orden social, cultural, filosófico, religioso o político que subyacen a cada paradigma. Esta constelación de factores, en cuanto son objeto de una articulación estructural comprenden lo que a los efectos del análisis se ha denominado estructuras latentes.

La estructura latente de una disciplina es - así una forma de conciencia de la realidad objetiva. No nace y se desarrolla con un objetivo puramente - formal, sino que lo hace para dar cuenta de la realidad en sí. Implica, por ello, una articulación de puntos de vista y enfoques que, en planos diferentes, buscan una imagen del mundo integrado y coherente. - Como productos culturales que son, experimentan transformaciones, presiones externas e internas e impulsos renovadores que ponen a prueba sus paradigmas científicos y programas de investigación de la realidad. - En épocas armónicas el "dogmatismo de la ciencia madura" (5) determina y da contenido casi exclusivo a la estructura latente de la disciplina: la pregunta por los fundamentos, la crítica a lo heredado quedan en suspenso. En épocas conflictivas, en cambio, los demás factores de la estructura latente acosan la vigencia del paradigma, confrontándola con sus insuficiencias filosóficas o metodológicas, con su incapacidad para dar cuenta de la totalidad de lo real, con sus tautologías, ambigüedades o vaguedades y en definitiva, con su supuesta esterilidad hermenéutica.

Una investigación de la estructura latente en la teoría jurídica heredada, requiere, finalmente, privilegiar metodológicamente el enfoque del observador externo (6), para el que la estructura latente de la teoría disponible -y, dentro de la misma, el paradigma científico de la dogmática-, se presentan como datos empíricos, susceptibles de ser analizado con independencia de cualquier tipo de implicación del

científico con la realidad observada. El positivismo aparecerá así en su forma fenoménica e histórica, objetivamente describible, con independencia de las motivaciones subjetivas de sus sostenedores. No interesa lo que pretenden hacer o hacen los juristas dogmáticos, sino la lógica interna de los modelos e instrumentos que utilizan. Resulta así posible el análisis de las consecuencias de hecho de su práctica científica, aspecto que de otra manera debería quedar forzosamente pospuesto.

2. Las continuidades explícitas

La vinculación del positivismo legal con la tradición científica expuesta precedentemente no siempre ha sido reconocida por sostenedores y críticos, preocupados más bien de destacar su novedad radical en la historia del pensamiento. La continuidad es, sin embargo, evidente. Así lo reconoce el propio Kelsen, cuando refiriéndose a los impugnadores de la Reine Rechtslehre, afirma que "la misma - puede ser entendida como la continuación de tesis - que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX. Pero también de ella provienen mis oponentes. Lo que provoca este escándalo en la literatura no es tanto que yo sugiera a la actual - ciencia del derecho un completo cambio de orientación, sino que tenga la impertinencia de insistir en que mantenga una de las orientaciones entre las cuales oscila inseguramente; no es tanta la novedad, como la consistencia de mi doctrina la que la provoca" (7).

Ya anteriormente, en un texto que por su importancia debe ser transcrito en su integridad, justificaba el plan de su teoría del Estado en los siguientes términos: "Ahora, al resumir y completar los resultados de mis trabajos anteriores monográficos en un sistema de Teoría General del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más -

ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría del Estado positivo, esto es, una teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esa teoría era una parte del gran movimiento científico-social que, -paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales-, se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del "derecho positivo" (8).

La referencia de Kelsen a la dogmática iuspublicista debe ser entendida como aplicable también a las orientaciones originarias manifestadas, como se ha visto, en el ámbito del derecho privado. El reconocimiento de la continuidad se ve ampliamente reforzado, al continuar Kelsen diciendo: "Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos de los momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor

teórica"... "Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la teoría del derecho y el Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias" (9).

No hay, pues, en Kelsen, un salto cualitativo en la evolución de las doctrinas metodológicas, ni tampoco la creación de la "metodología más rigurosa del saber jurídico" o "el último gran intento de elaborar una teoría científica del derecho como teoría autónoma, sistemática y unitaria" (10). Hay, más bien, una actualización en campos muy diversos de contenidos ya presentes en la tradición de la dogmática.

En cualquier caso, parece verificarse la afirmación adelantada en la Introducción de que la historia de una disciplina científica dista de presentar el aspecto de una evolución indefinida representada por capítulos revolucionarios, encadenados dialécticamente. El saber jurídico parece, más bien, un conjunto articulado de teorías que progresa por profundización sucesiva de materiales, sometido a una tensión insoslayable entre los requisitos de la sistematización conceptual y las necesidades de la práctica. Quedan sin embargo por responder algunas

preguntas que la sociología de la ciencia ha planteado de un modo general y de las que recientemente se hace eco A. Aarnio :

- a) ¿Cómo debe ser definido el paradigma de la dogmática jurídica?
- b) ¿Cómo debe ser entendida la teoría de la dogmática jurídica?
- c) ¿Qué significa el concepto de anomalía en la teoría jurídica?
- d) ¿Cómo puede ser resuelta una crisis científica en la dogmática jurídica?
- e) ¿Qué interpretación habrá de darse a la idea de revolución científica en la dogmática jurídica? (11).

Las preguntas de Aarnio no pueden ser desligadas de su idea de la dogmática como "investigación acerca de las reglas legales válidas y dadas" (12). El sentido de las mismas las torna pertinentes, sin embargo, respecto al concepto más amplio de dogmática que se ha venido sosteniendo hasta el momento y, particularmente, respecto al conjunto de presuposiciones científicas sobre las que reposa la versión dogmática del trabajo científico, desde el historicismo hasta la actualidad.

Por sobre matices de detalle, un análisis de la idea positivista de la ciencia impone considerar algunas presuposiciones más o menos constantes :

- a) Atomismo lógico: presunción acerca de la naturaleza de la realidad, consistente en que la misma se resuelve en unidades que pueden ser separadas y descriptas mediante el análisis.
- b) Demanda de mensurabilidad: de acuerdo con la cual el pensamiento debe ser siempre capaz de expresar las características externas de dichos hechos brutos mediante la utilización de una unidad operacional de medida.
- c) Ideal de la formulación lógico-matemática de los conceptos: según el cual toda ciencia debe aspirar a una noción unívoca de exactitud, propuesta por el modelo de las ciencias formales.
- d) Una exigencia de verificación: que impone, en la medida de lo posible, la confrontación de los resultados con una línea de frecuencia experimental.
- e) Monismo metodológico: sólo puede ser considerado como auténticamente científico el resultado acorde con el canon metodológico de las ciencias experimentales (13).

Estas presuposiciones imponen a la teoría científica el aspecto externo de una construcción lógica por medio de la cual se pretende deducir un conjunto de proposiciones concernientes a ciertos hechos conocidos a través de la experimentación. Ello supone un momento analítico, en el que el científico practica una operación de abstracción sobre los datos brutos a que se enfrenta ; un momento explicativo, consistente en la formulación de hipótesis y verificación de las mismas; y un momento predictivo, en el que a partir de dichas hipótesis y de nuevas observaciones, se aventura una hipótesis acerca del comportamiento de la realidad observada. La teoría se dispone así como una estructura piramidal de hipótesis. "En la cima del mismo -explica Agazzi- se encuentran las hipótesis más generales, aquellas que en todos los posibles razonamientos deductivos de la teoría aparecen sólo como premisas. En el extremo opuesto, se encuentran aquellas hipótesis que, en las deducciones de la teoría, aparecen típicamente como conclusiones. Estas últimas son leyes empíricas más elementales que tienen el aspecto de simples generalizaciones de los hechos observados: quizá las mismas deberían ser consideradas siempre como hipótesis desde el momento en que, por tener la forma de proposiciones universales, superan ciertamente todo cuanto se puede afirmar a partir de los hechos observados. Entre estos dos extremos se colocan aquellas hipótesis que aparecen como consecuencia de hipótesis más generales, y también se presentan como premisas para deducciones ulteriores" (14).

El modelo expuesto, aplicable a cualquier teoría deductiva y de un modo especial a las organizadas axiomáticamente, se sitúa frente al derecho exigiendo una confrontación directa de presuposiciones, métodos y resultados. El esfuerzo fundamental de la dogmática, desde el historicismo hasta Kelsen, puede ser entendido como el intento de formular un saber capaz de dar cuenta de la naturaleza propia e intransferible de los datos que maneja, sin abandonar la pretensión de objetividad, certeza y acumulatividad propia del pensar axiomático. En este punto la continuidad en el esfuerzo es explícita, como son, a su vez, explícitas las directrices del método. En este sentido, afirma Kelsen: "He aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica: Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la ciencia del derecho y el Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendente y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del estado y su contenido "verdadero" o "justo"; cuando suprimo las distinciones -que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad- entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación del derecho, etc. para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructi-

ble; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo..." (15).

Por sobre el énfasis expositivo del texto precedente, el orden de cuestiones propuesto por Kelsen dista de tener el carácter revolucionario que aparenta. Para verificar las continuidades existentes, será necesario ahora retornar al análisis del paradigma dogmático.

3. Axiomas y teoremas de base

Frente a la visión optimista del progreso científico pregonada por el positivismo cabría recordar, ante todo, que el pensamiento según moldes paradigmáticos es una adquisición relativamente tardía en el curso del desarrollo científico (16). En el campo jurídico, la tradición occidental no conoce un pensamiento formalizado en torno a la noción de paradigma hasta la dogmática positivista, una vez que los materiales del derecho natural racionalista, laicizado y formalizado, se une un principio de organización metódica formado a partir de la idea moderna de sistema. Si se parte de la hipótesis de que la noción de sistema jurídico se configura como una aplicación sectorial de una más vasta e imprecisa noción de sistema, forjada a través de una larga evolución dentro de las ciencias humanas, habrá que convenir carecemos aún de una historia general y orgánica del pensamiento sistemático. Con ello, el análisis tropieza con un obstáculo de difícil solución que será necesario afrontar en las páginas que siguen.

La característica principal del período - que podría denominarse -nuevamente con Kuhn- pre-paradigmático, es la coexistencia de diversos modos de hacer ciencia, que en ningún momento llegan a reivindicar para sí, de un modo excluyente, el monopolio de la interpretación de la realidad. Si en

la física del siglo XVII y principios del XVIII había, por ejemplo, tantas ideas acerca de la electricidad como experimentadores, no otra cosa ocurría en el terreno de las ideas acerca de la naturaleza y origen de la sociedad y el derecho. Con la consolidación de un modelo de ciencia que no tiene por preocupación esencial el conocimiento causal de su objeto, sino la determinación de las condiciones de posibilidad formal bajo las cuales es posible su existencia y viabilidad como conocimiento, la idea de sistema proporciona la base para un saber formalizado.

Esta orientación se vincula, como ya se ha dicho, a otra de las líneas fundamentales de la especulación jurídica de la modernidad: la necesidad de afirmación del principio de certeza como solución a la tensión entre lex e interpretatio (17). Las ideas acerca de la intervención legislativa permanente como única garantía de certeza en las relaciones jurídicas -mantenida, por ejemplo, por Daguessaud o Muratori-, las ideas acerca de la naturaleza mecánica de la función judicial -sostenida, desde perspectivas muy diversas por Mostesquieu, Beccaria o Filangieri-, las doctrinas que desde Puffendorf hasta Portalis sostienen la necesidad de afirmar la libertad natural ~~del intérprete~~ como principio de cierre de la estructura hermética del ordenamiento jurídico, o la postura opuesta de los representantes de la Exégesis en torno a la interpretación del art. 4 del código

Napoléon aparecen como doctrinas que comparten ese cierto "aire de familia" a que hace alusión Kuhn en su análisis histórico de las doctrinas físicas. Sin embargo, sería excesivo hablar en tal sentido de paradigma de ciencia normal, al menos en la acepción más o menos extendida en la teoría de la ciencia actual.

Debe tenerse en cuenta que el establecimiento de un paradigma implica siempre el cierre de los debates de escuela, la aceptación por parte de la comunidad científica de una determinada "versión" - de los problemas básicos de la disciplina, una definición de las presuposiciones semánticas elementales y, por consiguiente, el trazado de una línea precisa que separa lo que puede constituir válidamente objeto del trabajo científico, de lo que debe quedar relegado a la consideración de otros tipos de saberes. En el campo del derecho, tales consecuencias no se darán de un modo riguroso hasta la construcción científica de Savigny.

Un paradigma implica -como ya se ha dicho- una teoría fundamental y algunas aplicaciones ejemplares que son aceptadas por los científicos hasta el punto de justificar las discusiones connaturales a la ciencia. El ámbito de la ciencia queda, en todo caso, circunscripto a un ámbito de cuestiones muy restringidas y metódicamente controladas. Tal es precisamente, el carácter fundamental de la dogmática.

El científico es, por definición, ajeno a la proble
mática filosófica del origen de los principios que
 utiliza como axiomas para el sistema de la ciencia.
 El saber de la dogmática aspira a proponer un catá-
 logo de situaciones típicas, sobre la base de las -
 cuales es posible la construcción. El desarrollo de
 las "instituciones" no es otra cosa -a partir de
 Savigny y Ihering- que el desenvolvimiento de las
 virtualidades lógicas de una serie de nociones fun-
 damentales.

Debe tenerse en cuenta que, al margen de sus
 presuposiciones filosóficas -partiendo de la esci-
 sión entre "ser" y "deber" y de la prohibición de
 emitir juicios acerca de la expresividad represen-
 tativa de la realidad en sí- y culturales de fondo
 (18), la versión dogmática de la ciencia jurídica
 parte del reconocimiento de ciertas premisas de ba-
 se, que por el papel que representarán en la confi-
 guración del paradigma científico, pueden ser cali-
 ficadas de axiomáticas. Ello deberá entenderse en
 una acepción extremadamente amplia de la expresión,
 en la que la axiomatización de una teoría implicaría
 la enunciación de una serie de conceptos primitivos,
 con cuya ayuda y mediante el instrumento de la infe-
 rencia, es posible llegar a su vez a un cuerpo de
proposiciones primitivas -axiomas postulados- a
 partir de las cuales será posible la deducción del
 resto de las proposiciones que conforman una teoría.

Lo dicho supone la idea de sistema formal, en el que una serie de proposiciones dispuestas de tal modo que de algunas de ellas -axiomas- se derivan otras proposiciones, con ayuda de ciertas reglas de inferencia. Para esta idea -presente de modo no del todo articulado en la dogmática- el sistema queda definido mediante una serie de convenciones que constituyen lo que, en palabras de Ferrater Mora, puede denominarse marco primitivo. El mismo especifica, como condición para el carácter de "formal" del sistema en cuestión, los siguientes elementos :

- a) Términos: comprendiendo aquí tanto los términos primitivos y reglas para la formación de los términos.
- b) Proposiciones elementales: relativas a los términos antedichos e, inclusive, las reglas para formar esos términos primitivos mediante predicados específicos.
- c) Axiomas o conjuntos de proposiciones declaradas verdaderas o falsas y las reglas de derivación que especifican el modo como los teo-remas elementales se derivan de los axiomas (19).

Como puede observarse los puntos a) y b) se refieren a los contenidos morfológicos del sistema,

en tanto que el c) alude ya a la teoría. A ello de be añadirse, como requisito complementario no siem pre tenido en cuenta por el formalismo, que el in tento de aplicar a la ciencia del derecho los prin cipios del método axiomático supone la necesidad de precisar dos tipos de axiomas : por un lado, los -axiomas y conceptos fundamentales de la lógica; por otro, los específicos de la ciencia jurídica (20).

En este punto afronta el paradigma científi co de la dogmática un conjunto de problemas hasta hoy insolubles, ya que la determinación de los axio mas primitivos de la ciencia escapa a su competencia y posi bilidad de control racional. Como es sabido, en la axiomática moderna tiende a desaparecer la distinción entre axiomas y postulados y se habla úni camente de axiomas. La razón es que, desde su pers pectiva puramente formal, carece de base la distin ción en la axiomática de origen euclídiano entre los axiomas -definidos por la nota de evidencia- y los postulados -dotados de una evidencia más espe cífica, propia del ámbito de una ciencia en particu lar- (21). Para la axiomática moderna, los axiomas se presentan como simples principios absolutos para la construcción científica, sin ningún tipo de carac terística que justifique su elección como punto de partida para el discurso. Ello permite pensar en la axiomática como forma de organización sistemática puramente formal de la teoría, extendible a cualquier ámbito disciplinar. El método axiomático se

desentendiendo así de una consideración de los fundamentos de cada disciplina, y limita su función a la organización de la teoría. Los axiomas no son ni verdaderos ni falsos, ya que no son proposiciones, sino esquemas formales para proposiciones posibles, que al margen de los motivos para su aceptación, se dan de hecho por aceptados.

En este punto se revela con particular claridad la insuficiencia del formalismo. Los propios expositores del método axiomático en su posible aplicación al derecho afirman la necesidad de recurrir a la noción clásica de "postulado", "proposición básica", "propuesta básica" o "premisa fundamental", como vía para rebajar de algún modo la extremada formalidad de la noción de axioma. Del mismo modo, postulan el reemplazo del concepto de teorema por los de "proposición a demostrar" y el de regla de demostración por "demostrar" o "fundamentar" (22).

En el fondo, late el problema -denunciado por Agazzi- de la necesidad de "la recuperación de una dimensión de la axiomática que haga referencia a los contenidos, y por tanto inevitablemente, el restablecimiento de contactos con el problema de la verdad" (23).

Descendiendo al terreno de la ciencia jurídica, debe recordarse que Ihering sienta las bases para la idea de sistema en el sentido en que se viene

utilizando al exponer su idea de las operaciones fundamentales de la técnica jurídica. En la ciencia jurídica, expone Ihering, las creaciones no son nuevas más que en una mínima parte: los elementos ya existentes vuelven a encontrarse, combinados y transformados; la novedad no es otra cosa que una combinación diferente de ciertas nociones fundamentales que son los "elementos simples del derecho" (24). Hay ciertas cuestiones, siempre las mismas, que se reproducen en las diversas relaciones de derecho posibles. "El elemento de generalidad que reside en las cosas se mostrará en las reglas de derecho: junto a las reglas que son en realidad locales -es decir, particulares a una institución determinada como, por ejemplo, la venta, la permuta, el depósito-, se producirán otras que son comunes a todas y de naturaleza abstracta" (25).

No hay en Ihering una solución explícita a la relación entre términos primitivos, proposiciones primitivas, axiomas y teoremas, ya que su solución acude a la idea de que aquellos términos no son dados sin más como supuestos, sino que son elaborados por la ciencia a través de la abstracción. La abstracción descompone lo que en realidad se presenta como indiferenciado, buscando precisar aquellos puntos de vista generales que trascienden la materialidad de lo individual. En este nivel, la ciencia no crea conceptos, sino que los extrae de la materia donde se encuentran, bajo la forma siempre circunstanciada de la norma.

Esta idea permite a Ihering afirmar la necesidad y legitimidad de la construcción sobre la base de que lo general no se presenta jamás bajo la forma de la generalidad, sino en el seno de realidades individuales. La naturaleza misma exige la existencia del jurista. Le permite, asimismo, articular la distinción crucial para la dogmática entre aquellos conceptos sustanciales y concretos que-, como los de venta, servidumbre de paso o testamento pueden denominarse independientes, y aquellos conceptos que -como los de error, nulidad o mora- son de carácter accidental y abstracto, y, por su necesaria relación con otros conceptos sustanciales, son dependientes (26).

La ciencia cuenta así con una serie de términos primitivos, que articulados entre sí merced a la utilización de las reglas de correspondencia que conflu^uen en la noción de extensión por analogía y que permiten la expansión de la ciencia hacia la unidad del sistema. Sin embargo, en este punto es donde se manifiesta la dificultad apuntada anteriormente, ya que si bien toda teoría científica debe ser capaz de exhibir los mecanismos de articulación interna de sus axiomas y teoremas, no existe en el paradigma científico de la dogmática -como en general en los paradigmas formados por el positivismo en otras disciplinas (27)- "reglas de correspondencia" que precisen de modo exacto la atribución de significado "jurídico" a todo sus términos. El problema sería de

importancia secundaria en lo que se refiere a los términos observables -presentes, por ejemplo, en el lenguaje de las normas- pero se agrava notablemente en el caso de los términos teóricos.

La cuestión -que recibe en Ihering un tratamiento insuficiente debido a su intento de circunscribir el alcance de sus términos al nivel de lo que es observable (28)- ha sido afrontada por el positivismo mediante un recurso global al formalismo, evidente sobre todo en la construcción kelseniana de la Grundnorm y en la teoría de H.L.A. Hart de la regla de reconocimiento. Para este último, el derecho de una comunidad determinada consiste en un conjunto de reglas especiales, utilizadas por la comunidad directa o indirectamente con el propósito de determinar qué comportamientos serán penados por el poder público. Decir que alguien está "legalmente obligado" implica para Hart decir que su caso cae bajo una regla válida que le requiere hacer o dejar de hacer algo. Junto a estas reglas -de carácter primario- existen otras reglas -secundarias respecto a las primeras- que confieren potestades públicas o privadas que permiten a sus titulares la creación, modificación o extinción de relaciones de derecho (29).

Frente a las dificultades que plantearía una sociedad hipotéticamente regida únicamente por reglas primarias de oblicación -falta de certeza, di-

ficultades de un difuso control social, carácter estático, etc.- H.L.A. Hart propugna atribuir la función certificadora general a una "regla de reconocimiento" destinada a especificar las condiciones bajo las cuales una regla determinada deberá ser concebida como perteneciente al orden legal de que se trate (30). El consenso desde un "punto de vista interno" por parte de funcionarios y obligados acerca de la existencia de dicha regla proporcionaría un elemento de definición precisa del ámbito de lo jurídico.

La tesis de Hart ha recibido profundos ataques desde posiciones que, sin cuestionar las premisas filosóficas del modelo, apuntan precisamente a una serie de insuficiencias derivadas del hecho de que ciertos aspectos del sistema jurídico, atinentes en general a los "hard cases", escapan a los criterios de reconocimiento propuestos desde un formalismo positivista por Hart. Interesa particularmente la argumentación desarrollada por R.Dworkin, en torno a la subestimación de los procesos de adjudicación de derechos y la insuficiente delimitación de la naturaleza y extensión del arbitrio judicial (31). En todos los casos, parece evidente que el abandono de la problemática filosófica del concepto de derecho y su reemplazo por el planteamiento en el nivel científico de la posibilidad de un criterio formal de reconocimiento universal del carácter jurídico de los axiomas deja en la penumbra

aquellos aspectos en que el sistema jurídico exige ser completado por términos cuyo contenido, por ser teórico y no observacional, remite a un significado contextual, inabarcable, en su nivel estricto, por la teoría.

Una referencia suscita a algunos de los axiomas de base del paradigma dogmático contribuirá a una ejemplificación de lo expuesto. Habrá de subrayarse, nuevamente el alcance extremadamente general en que se utiliza la expresión, no diferente al propuesto por Klug cuando afirma: "Toda obra de ciencia del derecho que no proceda de manera simplemente causística, se aproxima, más o menos, al tratamiento axiomático. Se comienza por establecer los conceptos jurídicos fundamentales y las proposiciones básicas en derecho. Y suponiendo implícitamente la validez de las reglas lógicas, axiomas y definiciones, se trata de derivar de la manera más estricta y coherente, sin lagunas ni contradicciones, con definiciones y pruebas en cadena, conceptos y proposiciones jurídicas secundarias" (32).

Son así proposiciones básicas, axiomáticamente postuladas por el paradigma dogmático :

- a) El concepto de derecho sistema de normas promulgadas en un momento histórico determinado por, los órganos competentes del Estado.

- b) Definición de la norma jurídica como un mandato, susceptible de ser conceptualizado a través de una regla de derecho -entendida, a su vez, como juicio lógico bipotético-condicional, que enlaza un tipo abstracto con una consecuencia posible, según una relación de imputación.
- c) Teoría monista de las fuentes del derecho, consecuente con un monismo gnoseológico de fondo. Determinación de un esquema rígidamente jerarquizado de instancias, basado en la primacía de la ley como regla general, abstracta y universalmente obligatoria.
- d) Consideración del ordenamiento jurídico como un sistema normativo hermético, completo y autosuficiente, cerrado a través de la prohibición expresa de heterointegración.
- e) Visualización de la actividad del juez como función teórico-descriptiva básicamente idéntica a la de la ciencia.
- f) Reducción del papel de la interpretación al momento de una exégesis o jurisprudencia inferior.
- g) Separación radical entre los conceptos de "interpretación" y "aplicación" del derecho.

- h) Consideración de la ciencia como instrumento de certificación de las relaciones jurídicas.

Estos axiomas son, a su vez, reconducibles a otros de aún mayor generalidad, cuyo alcance excede el ámbito estricto de la ciencia jurídica para entrar en el de la filosofía y epistemología: distinción entre "ser" y "deber" hecho y valor, historia y sistema, materia y forma, subjetivo y objetivo, concreto y abstracto, etc. Otro tipo de axiomas se introducen en el ámbito de la ciencia merced a una regla de reconocimiento implícita, aunque provienen de una zona de presuposiciones implícitas a la teoría, de carácter social, político o cultural. Un claro ejemplo en tal sentido lo constituyen la idea de "racionalidad del legislador", la teoría de la división de poderes, o principios como "nullum crimen, nulla poena sine lege", "pacta sunt servanda", "prior in tempore, potior in iure".

La idea de racionalidad del legislador, ilustra de modo elocuente acerca del alcance del método axiomático y sus vinculaciones con la actitud dogmática. Como explica Nino, la imagen del legislador sugiere las siguientes notas características: es singular, ya que el hecho de que los órganos históricos pueden ser colectivos y hasta múltiples; es im-perecedero, por cuanto su presencia trasciende en el tiempo su presencia física originaria; es con-sciente hasta el punto que conoce todas las normas

dictadas y la totalidad de las que componen el ordenamiento; es finalista por cuanto sus acciones persiguen siempre un propósito definido; es omnisciente, ya que conoce de modo absoluto no solamente las circunstancias fácticas concurrentes al tiempo del dictado de la norma, sino también las anteriores y posteriores; es omnipotente, puesto que su voluntad no conoce más límites que los que puedan derivarse de su propia autolimitación o voluntad de revocación; es fundamentalmente justo, en tanto que toda aplicación que en el caso concreto en que es aplicable posea un sentido de injusticia debe ser desechada por contraria a la voluntad del legislador; es coherente, ya que no cabe concebir contradicciones en sus expresiones de voluntad; es omnicomprensivo, puesto - que el alcance de sus disposiciones excluye por definición la posibilidad de lagunas; es económica, ya que se impone el rechazo de todo lo que es redundante o contrario al principio de concentración lógica de la materia; es operativo de modo inmediato, ya que las normas dictadas no pueden ser legítimamente cuestionadas en su aplicabilidad; es preciso, en el sentido de que su voluntad real posee una dirección unívoca, con total independencia de las ambigüedades, contradicciones o vaguedades de su expresión lingüística (33).

De un modo más riguroso, puede afirmarse que los atributos imputados al legislador originario se proyectan en el trabajo de la dogmática bajo la for

ma de una serie de reglas. Unas son de carácter esencial y se presumen sine qua non cumplidas por el legislador; otras no son esenciales y se presumen como cumplidas aunque de un modo menos rígido, al modo de las orientaciones generales (34).

Las reglas de validez absoluta, a partir de las cuales trabaja la dogmática como si fueran proposiciones axiomáticas de base, serían las siguientes :

- a) Regla de justicia: según la cual se aplica un tratamiento idéntico a los iguales y tratamiento diferente a los que no son iguales.
- b) Regla de coherencia: según la cual se establece la no contrariedad de normas de un mismo ordenamiento entre sí y respecto a la unidad total.
- c) Regla de nacionalidad: según la cual las normas jurídicas obedecen en su forma y contenido al primado de la racionalidad instrumental.
- d) Regla de no redundancia: según la cual las normas del ordenamiento no pueden ser idénticas ni superponerse a un mismo tiempo sobre una misma materia.

- e) Regla de objetividad: según la cual las normas se entienden dictadas en función de criterios generales y sin la mediación de consideraciones subjetivas, como el arbitrio personal, los sentimientos, la ideología o los intereses.
- f) Regla de utilidad: según la cual se presume un sustrato de utilidad en las normas del ordenamiento.

Como corolarios de las anteriores, es posible mencionar otras reglas que permiten interpretar las normas del ordenamiento de un sentido general, aunque dejando abierta la posibilidad de excepción.

- a) Ninguna norma puede ser interpretada de forma de tener por consecuencia una disparidad jurídicamente injustificada entre sus destinatarios.
- b) No se puede otorgar a una norma un sentido incompatible con otra o con la totalidad del ordenamiento.
- c) Toda norma deber ser interpretada de acuerdo con la finalidad instrumental tenida presentamente en cuenta
- d) Toda norma debe ser interpretada en el sen-

tido objetivamente verificable que posea y al margen de toda connotación subjetiva originaria.

- f) Toda norma debe ser interpretada de modo que se cumpla cabalmente el fin de utilidad para el que fue dispuesta.

La consecuencia fundamental del esquema propuesto es que las reglas precedentes tienden a afirmar la idea de un legislador justo, coherente, racional, no-redundante, objetivo y útil. Permiten asímiso, definir una zona de delimitación entre los argumentos pertinentes y no pertinentes, que sólo cede en importancia hermenéutica ante una disposición circunstanciada y directa del ordenamiento que prohíbe la vigencia de alguna de las reglas expuestas, a la vez que impone un comportamiento determinado. Aún en este caso, el buen legislador, pieza fundamental en el mecanismo de reconocimiento del ordenamiento, ve reafirmada, por vía negativa, su situación de presupuesto gnoseológico del ordenamiento y, por tanto, de axioma fundamental para la teoría. Las ideas metodológicas subyacentes a esta concepción es materia que debe recibir un enfoque más pormenorizado, a la luz de la idea de sistematización.

4. El problema de la sistematización

La clarificación de la naturaleza y funciones de la noción de sistema en la ciencia del derecho constituye otro de los puntos fundamentales de un análisis de la teoría disponible. Acierta Hernández Gil- A. Cienfuegos al observar que "las grandes palabras parece que excusan a quien las pronuncia de precisar con el debido rigor su sentido: se justificarían a sí mismas en la plenitud y rotundidad de su expresión. Y "sistema" es, también con esa servidumbre, una de las grandes palabras del lenguaje de la ciencia jurídica, mientras la idea a que responde se ha ido convirtiendo en uno de sus tópicos más constantes y característicos" (35). Parece como si la vaguedad de la noción dispensara de la necesidad de un tratamiento científicamente riguroso de la misma, y ello explica que un tema que ha sido central en la obra de los dogmáticos no haya llegado a constituir, sin embargo, tema explícito de la crítica.

Con todo es aquí donde la noción de "estructura latente" de la idea dogmática de la ciencia jurídica revela todo su valor. Si es verdad la afirmación de que "la debilidad de la conciencia en el uso lingüístico de la expresión no implica su debilidad significativa" (36) ello es porque la ambigüedad del uso se presenta a un nivel superficial. A lo largo del proceso de configuración del paradigma

dogmático, la noción científica de sistema se desenvuelve según una lógica interna definida y consecuente (37).

El concepto de sistema debe ser considerado un sentido típicamente propio de la modernidad. Aparece en el siglo XVII como noción estructuradora de la ciencia jurídica, aunque ajena a todo otro propósito que no fuera el didáctico-expositivo. Tal es por ejemplo, el sentido que cobra en los autores de la tradición del iusnaturalismo racionalista, cuya actitud metódica puede ser sintetizada a través del siguiente texto de Grocio: "En esta obra, mi propósito se refiere principalmente a tres cosas: 1º) Fundar lo que establezco sobre las razones más evidentes que pueda encontrar (ut definiendi rationes redderem quam maxime evidenter); 2º) Disponer en buen orden mis materias (ut quae erant tractanda ordine certo disponerem); 3º) Distinguir de forma neta las cosas que pudieran parecer similares siendo de hecho diferentes..." (38).

Con el paradigma dogmático el sistema se convierte en un tema de reflexión en sí mismo, de modo paralelo a lo que acontece en las ciencias empíricas que le sirven de modelo. Durante el siglo XVII, la noción se generaliza en el terreno de la astronomía, cobrando en Galileo el sentido analógico, que ostentará posteriormente, de conjunto cerrado de nociones, tan rigurosamente interconectadas entre sí como los

cuerpos celestes por las leyes que regulan el cosmos. G. Gusdorf y W.J. Ong coinciden en señalar la aparición de esta acepción en la obra del alemán J. H. Alstedt (Alstedius) profesor de Herborn y autor de un Artium liberalium ac facultatum omnium systema mnemonicum, como uno de los primeros ejemplos en el ámbito de la filosofía (39). La idea evoca un esquema mecanicista de inteligibilidad que procura introducir un principio externo de ordenación de lo real, mediante la síntesis y la deducción. Esta nueva noción de inteligibilidad, ligada por un lado al racionalismo mecanicista del iluminismo y, por otro, al nuevo espíritu experimental, aspira a cubrir el vacío abierto por el eclipse de la metafísica clásica. Se trata de sustituir la especulación acerca de las causas de la realidad por la certeza apodíctica de las leyes de encadenamiento de los fenómenos.

En el campo jurídico, corresponderá al derecho natural racionalista la recepción acabada de los principios del sistematismo, logrando una expansión superior aún que la acontecida en las ciencias naturales. Las razones del fenómeno serían -a juicio de Hernández Gil A. Cienfuego-, las siguientes :

- a) El especial significado de la tradición sistemática en la ciencia del derecho desde fines de la Edad Media.

- b) El distanciamiento de la realidad empírica como punto de partida de la elaboración sistemática y su sustitución por principios abstractos acerca de la naturaleza del hombre y la sociedad, aunque a tales principios se les reconociera un cierto fundamento natural o positivo.
- c) La propia consistencia del material normativo -sean estas normas de derecho natural o de derecho positivo- con que opera el jurista. La "realidad" de las normas es lingüística o conceptual y se hace comprensible una confusión entre el objeto de la ciencia y el discurso científico que se trasladará a la dogmática posterior (40).

Hasta este momento, el sistema opera como methodus disponendi o disciplina externa a la materia. Falta en realidad la noción de que los materiales jurídicos tienen en sí mismos la consistencia del sistema.

Para entender el sentido cabal que cobra la idea de sistema en el paradigma dogmático es menester recordar algunos resultados del análisis de la idea de "racionalidad" adelantado en el Capítulo II (41). Cabría mencionar, por un lado una racionalidad interna del derecho, concebida como una nota propia de la realidad en sí del derecho, que la ciencia pue

de o no reflejar a través de sus construcciones; hay, por otro lado, la idea de una racionalidad sistemática interna, en el caso en que la realidad inmanente del derecho es vista no sólo como racional, sino, - al mismo tiempo, organizada según un principio de unidad, coherencia, completud y no-contradictoriedad; hay, en tercer lugar, una idea de racionalidad externa del derecho, como la que queda determinada por una consideración de los materiales jurídicos a la luz de una noción trascendente del derecho; hay, por último una racionalidad sistemática externa, en el caso en que dichos materiales son dispuestos y organizados según un principio sistemático proveniente desde - la ciencia. Ejemplo de la primera idea podría ser la noción clásica, greco-romano-cristiana, del derecho como ipsa res justa; ejemplo de la tercera sería la concepción trascendental del derecho elaborada por - la tradición kantiana; es objeto de discusión el momento histórico en que se manifiestan la segunda y cuarta noción.

Un primer punto de acuerdo estaría dado por la evidencia de la operatividad de la segunda noción a lo largo de la tradición científica moderna y, particularmente, a partir de las construcciones del ius naturalismo racionalista. Los desinteligencias se manifiestan en lo relativo a la determinación del momento en que sistema interno y externo se concilian. La ya expuesta tesis de M. Losano (42) conceptualiza a la dogmática como el esfuerzo hacia el - sistema externo, perseguido por el método científico

como terminus ad quem de su labor. En la línea que encarna Savigny y al menos el primer Ihering, el método cumpliría una función organizadora y racionalizadora de los materiales jurídicos. La preocupación por el sistema interno advendría como consecuencia de la incorporación a la actitud científica de la dogmática de un horizonte filosófico. Terndelenburg, Radbruch, Stammler o Kelsen encarnarían, desde perspectivas diversas, una consideración en la que los materiales reflejan, en su orden externo, su adecuación íntima a una idea de unidad que subyace a los fenómenos.

Los análisis efectuados a lo largo de los capítulos II y III no permiten adherir sin más a esta hipótesis interpretativa. Como se ha visto, para el historicismo la realidad jurídica no se limita a las normas con que se enfrenta la dogmática. Estas no son otra cosa que expresiones de una realidad más profunda, alimentada por la conciencia colectiva de los pueblos. El sistema no es ya un resultado de la ordenación racional de los materiales jurídicos operada por el jurista científico, sino una exigencia interna de la propia realidad histórica del derecho.

En Savigny, la importancia de la noción de sistema en la construcción jurídica se presenta como evidente desde sus escritos juveniles, tanto el ensayo sobre la posesión como las lecciones de metodología de Marburgo constituyen aplicaciones paradigmáticas del método sistemáticas, no exentas de una conciencia

acusada conciencia del instrumental teórico y metodológico utilizado (43). En el Sistema, dicha conciencia se concreta en una propuesta metodológica, plasmada tanto en la estructura de la obra como en el enfoque prestado a algunas cuestiones particulares (44).

En Ihering, el cometido explícito de la ciencia es llegar al sistema. Este aparece -como se ha visto- como la forma práctica más ventajosa de los datos jurídicos, la más visible y transparente y la que de modo más directo se presenta a la intuición y al trabajo metódico del jurista. Es por ello también una fuente inagotable de materia nueva, puesto que el método sistemático es el que mejor asume la realidad de que la fuente última del derecho está en la propia naturaleza de las cosas, y de que el método jurídico no puede menos que verse condicionado por la naturaleza de su objeto (45). El uso de la expresión es ambiguo, y sistema interno y sistema externo se alternan en la consideración de Ihering. En cualquier caso, es evidente que por sobre la ambigüedad en la expresión, la confusión reposa, hasta cierto punto, en la asimilación de ambos conceptos en una noción única, susceptible, si acaso, de un enfoque o punto de vista doble.

Una lectura a las expresiones posteriores de la dogmática permitiría apreciar idéntica confusión. Aún en el lenguaje aparentemente tan decantado y preciso de la Teoría Pura resulta difícil advertir

en qué casos la idea de ordenamiento sistemático se refiere a las normas jurídicas como realidad en sí, presente a los ojos del investigador, y en qué casos se refiere a las reglas de derecho. La distinción entre Rechtsnorm y Rechtssatz ofrece en este sentido un punto de partida bastante diáfano (46), aunque debido, tal vez a la no suficiente conciencia sistemática de Kelsen, dicha distinción no se ve proyectada a todo su alcance lógico, al menos en el tema que nos ocupa.

Al margen de las cuestiones que ello plantea y que recibirán una atención más pormenorizada más adelante-, cabe preguntarse si la distinción esbozada es tan neta como se pretende. A juicio de Hernández Gil-A. Cienfuegos, la dicotomía pecaría de ingenua. Los adjetivos "externo" e "interno" son suficientemente contrapuestos, aunque aquello de lo que ambos se predicán -el objeto de la ciencia- hace que las expresiones a que dan lugar no lo sean tanto. El argumento debe ser profundizado. Escribe el autor citado: "Cuando algo tiene en sí una naturaleza sistemática -si es que tal cosa existe- puede condicionar la forma en que de ello se hable; y de la disposición sistemática de los elementos del discurso científico no es difícil pasar a apreciar la sistematicidad de su objeto, bien porque sólo así se justifique construir un sistema para hablar de ello, o bien porque en tal objeto revierta, en términos reales, la sistematicidad de un discurso que en alguna manera

inventa, construye o crea aquello a lo que se refiere en cuanto a ello se refiere.

En este caso, ¿dónde emplazar el sistema? No es un sistema exclusivamente de la ciencia, no es un sistema, pues, externo. No es tampoco un sistema puramente interno, de la realidad. O más que un sistema elaborado desde la realidad o visto en ella, sería un sistema construido en la ciencia, pero dirigido - hacia la realidad donde acabaría justificándose como algo también real" (47). El dilema planteado tiene fuerte apoyo en los textos de la dogmática. Recuérdese que para Savigny, las construcciones de la ciencia, a la vez que reflejan el lazo íntimo existente entre las nociones, revierten sobre la propia realidad jurídica, otorgándole una sistematicidad orgánica mayor que la que posee originariamente. Lenguaje objeto y metalenguaje se implicarían entre sí hasta tornarse poco menos que irreconocibles.

La cuestión sólo puede ser solventada mediante el recurso al valor interpretativo que asumen los elementos de la estructura latente de la dogmática y a su idea general de la realidad como organismo - histórico. Es este el punto donde la dogmática, desde el Savigny de todas sus etapas, hasta el positivismo legal, exhibe una línea de continuidad evidente. Podrá existir, muy posiblemente, una contradicción entre esta idea filosófica de fondo -verdadero axioma semántico en el sentido expuesto en el parágrafo pre

cedente- y el atomismo lógico que sirve de punto de partida a su epistemología, pero lo cierto es que la dogmática propone de un modo directo la idea de un sistema real o interno, que podrá ser reflejado de modos diversos por la estructura naturalmente convencional del discurso científico, aunque reconociendo en el lenguaje objeto un factor condicionante del metalenguaje. Si todo lo real es racional y todo lo racional es real, el sistema debe poseer el valor del objeto que concibe.

Habrà que recordar, en este sentido, ciertos axiomas de base del paradigma dogmático como la idea de ordenamiento, la rígida identificación de un esquema jerarquizado de fuentes, la visión de la ciencia como instrumento de "certificación" de relaciones sociales, su actitud básicamente descriptivista y -neutral a las cuestiones axiológicas, etc. Como telón de fondo, habrá de tenerse en cuenta, asimismo, ciertas presuposiciones implícitas a la teoría, de orden socio-político y cultural, tales como el papel desempeñado por dogma de la primacía de las fuentes legislativas dentro de los procesos de racionalización de las estructuras sociales y de centralización del Estado nacional, o el dato sociológico del jurista-letrado, habituado a tratar de modo prácticamente exclusivo con normas escritas dotadas de una realidad puramente lingüísticas, o bien con conceptos teorías o hipótesis reducibles también al lenguaje escrito -palabras sobre palabras-.

Ello permitiría afrontar ciertas cuestiones que el problema de la sistematización plantea en el caso de la dogmática. Ante todo, y supuesto el sistema como objeto propia de la dogmática jurídica, habrá que determinar, como cuestión central, cuál es el objeto propio del sistema ¿qué es lo que en rigor resulta sistematizado? Las alternativas posibles son válidas y todas ellas pueden constatarse en pasajes diversos de los textos fundacionales. Podría, en primer lugar, ser considerado como un sistema de normas. En tal caso, el objeto del sistema concebido como sistema interno serían los mandatos revestidos de autoridad a través de las cuales dichos mandatos se expresan-; concebido como sistema "externo" su objeto sería la disposición organizada y lógicamente coherente de dichos mandatos. Una segunda alternativa permitiría precisar el problema y considerar al sistema como conjunto de enunciados acerca de, o mediante los cuales se expresan las normas. Una tercera alternativa se referiría al sistema como sistema de conceptos científicos y una cuarta, por último, podría considerar al sistema como conjunto de instituciones. Queda por ver, sin embargo, si estas cuatro perspectivas son excluyentes entre sí, si agotan el ámbito de posibilidades de la idea de sistema en la ciencia jurídica (48). En todo caso, son las que en mayor medida han comprometido el debate metodológico actual. De lo que se trata, en el fondo, es de determinar con precisión la tarea propia de la dogmática, frente a otras posibles consideraciones racionales del derecho.

Con propósito tan estimable, se ha intentado asumir el problema desde una consideración de los posibles niveles del discurso. Así, por ejemplo, Aulis Aarnio, quien utilizando la jerarquización hoy frecuente en lingüística y metodología propone el siguiente diagrama :

- a) Nivel del ordenamiento jurídico (normas)
- b) Nivel de la dogmática jurídica (proposiciones normativas)
- c) Nivel de la teoría de la ciencia jurídica (proposiciones teóricas)

Así, el nivel de las normas puede ser llamado lenguaje de primer orden, el nivel de la dogmática jurídica, lenguaje de segundo orden, y el nivel de la teoría jurídica metalenguaje. En este último nivel entraría, a juicio de Aarnio, la consideración de problemas como el de la naturaleza de las normas jurídicas, el origen del derecho, la estructura de la decisión, la relación entre el derecho y las estructuras básicas de la sociedad, etc. De este modo, si la dogmática fuera definida como saber acerca de las regulaciones legales válidas, se daría por supuesto su dependencia respecto a un concepto general de validez, resuelto al nivel de la teoría jurídica (49).

Con idéntica intención clarificadora y refiriéndose a la naturaleza de la teoría de la argumentación, en una obra más reciente precisa el siguiente cuadro (50).

Posición en la argumentación jurídica	Clase de proposición	Posición en la jerarquía del lenguaje
Objeto de la investigación	Norma jurídica	Nivel del ordenamiento jurídico
Argumento material	Proposición del texto normativo	Nivel de las fuentes materiales oficiales
Argumentación	Enunciación normativa	Nivel de la ciencia jurídica

En ambos casos, la tarea de la ciencia se centra en la consideración de los enunciados a través de los cuales se expresan las normas. Estas distinciones no podrían ser entendidas hoy sin considerar al positivismo jurídico de raíz kelseniana y postkelseniana como clave para la distinción entre el discurso descriptivo de los científicos y juristas carentes de

"autoridad" y, por otro lado, el discurso normativo en sí, "constituyente" de la realidad social eventualmente regulada por el ordenamiento. Esta distinción ha sido desarrollada por las más diversas expresiones del paradigma dogmático. Como afirma M. Jori, la teoría de los niveles lingüísticos se adapta perfectamente al positivismo jurídico (51) y en ello habrá de verse algo más que la propia capacidad heurística de la teoría.

Parecerían en consecuencia, distinguibles al menos tres niveles principales del discurso jurídico:

- a) El discurso del derecho en un sentido estricto, o sea el de las normas jurídicas en sus diversos niveles jerárquicos.
- b) El discurso de la doctrina o ciencia jurídica.
- c) El discurso que constituye comportamiento jurídicamente regulado, y el lenguaje ordinario del que provienen gran parte del léxico y la sintáctica jurídica (52).

La ciencia del derecho limita su cometido al análisis de los enunciados normativos y cumple así con las exigencias de su naturaleza y lógica interna, que le imponen limitarse al campo de la descripción y clasificación. Su objeto sería no la forma de cualquier posible discurso jurídico, sino del discurso de las normas. "La jurisprudencia (ciencia del derecho)

-declara Bobbio-, en su parte esencial, consiste en un análisis del lenguaje, más precisamente de ese particular lenguaje en el cual a través de las proposiciones normativas, se expresa el legislador" (53). Su cometido no es otro que el de elaborar un lenguaje -coherente y unitario, capaz de franquear los dilemas de la práctica a través de la utilidad clarificadora de la cientificidad del discurso. Esta no consiste, como se verá, en su valor de "verdad" -correspondencia de sus enunciaciones con una realidad objetiva-, sino en el rigor y coherencia con que los diversos enunciados se relacionen entre sí en el seno del sistema.

Desde este punto, parece posible el interrogante planteado. A partir de la idea de ciencia expuesta, definir al sistema de que se ocupa la dogmática como un sistema de enunciados -como podría inferirse de las opiniones expuestas- tendría la ventaja de clarificar el equívoco alimentado por aquella visión simplista del positivismo que lo concibe como un discurso acerca del contenido de los mandatos positivos. Al mismo tiempo, permitiría contar con las supuestas ventajas ofrecidas por la teoría pura, derivadas de la distinción entre Rechtsnorm y Rechtssatz -fundamentalmente, con la posibilidad de articular una ciencia jurídica obediente a un impulso descriptivista, objetivista y desprovista de contaminaciones valorativas-.

Dichas ventajas no parecen consistentes frente a una dificultad insoslayable. La consideración de los

enunciados normativo o reglas de derecho en la acepción kelseniana como objetos de la tarea sistematizadora posee tal generalidad que difícilmente contribuya a especificar el nivel propio de la dogmática frente a otros posibles conocimientos acerca del derecho. No solamente porque la consideración de los enunciados constituye el objeto de muy diversos saberes acerca del derecho, sino porque lo que constituye a la dogmática como tal no es lo que elige como objeto de tratamiento, sino la forma peculiar como lo hace. Para determinar la especificidad de la dogmática no habrá que atender a la sistematización ni al nivel de la realidad jurídica en que dicha actividad se desarrolla, sino al modo de sistematizar. Esto último sólo puede ser respondido mediante el doble enfoque utilizado hasta el momento: por un lado lo que según la lógica interna de la dogmática constituye su modo de sistematizar de acuerdo con el paradigma de científicidad aceptado y sus estructuras latentes; por otro, mediante el análisis de lo que de hecho postulan los dogmáticos.

En este último sentido, resulta claro que tanto en Savigny como en Ihering, visto sus sistemas desde el punto de vista de los autores, existe la noción de que el sistema comprende algo más que normas -datos empíricos-. Si en Savigny resulta ocasional la referencia al sistema como sistema de conceptos, (54) en Ihering ello es mucho más evidente: el sistema de la ciencia se erige sobre la base de una tarea previa

de abstracción que permite al jurista articular un sistema de nociones lógicas. La dogmática posterior, valiéndose de la distinción ya expuesta entre normas y reglas -reforzada por la teoría de los niveles discursivos- define al sistema conceptual como su tarea propia y característica. Lo cual da por supuesta la noción del sistema como sistema de enunciados. Desde este punto de vista interno, podría aceptarse que a lo largo de su desarrollo el sistema es visto como sistema de normas, sistema de enunciados y sistema de conceptos. Y, consecuentemente, como sistema de -sistemas.

La dificultad ya apuntada surge sobre todo al retornar al punto de vista externo en que se ha movido hasta el momento la presente reflexión. Desde tal óptica, la distinción entre proposiciones que son normas -debido a la naturaleza del objeto de la ciencia- y proposiciones que expresan normas resulta pertinente y útil, a condición, claro está, que se sea consecuente con los alcances lógicos y metodológicos de la distinción. Lo que resulta difícil de aceptar es que dicha distinción permita una caracterización de la especificidad y status epistemológico de la dogmática. Se impondría entonces una noción más amplia de sistema abarcadora de los sistemas a que se ha hecho referencia, (55) y en tal caso habría que tomar en cuenta las relaciones que la distinción entre objeto del discurso y el discurso mismo obliga a considerar entre el sistema inmanente a las normas -el ordenamiento normativo- el sistema que conforman los enunciados -

acerca de las normas -sea como reflejo de la propia realidad estudiada, sea como reflejo epistemológico de la ciencia- y el sistema de los conceptos.

Atendiendo a esta pluralidad de cometidos, Aarno sugiere, al cabo de su análisis, el abandono de toda pretensión de formular un modelo rígido de lo que sería genuinamente "la dogmática". "Debemos, en cambio -escribe- trata de describir esos diferentes juegos de lenguaje que juegan los investigadores en situaciones diferentes"... "no es, pues, necesario, proclamar aquí que la dogmática es esto o aquello. La tarea consistirá, más bien, en probar qué queremos significar cuando, por ejemplo, decimos que la dogmática predice el comportamiento futuro de las autoridades, presenta ciertas alternativas, etc." (56).

Lo que los dogmáticos entienden por hacer dogmática y, más aún, lo que efectivamente hacen, no - tanto en virtud de una consecuencia con el modelo que proclaman haber adoptado, como por la propia lógica interna del paradigma, rompe con todo intento clasificatorio que pretende basarse en un supuesto nivel de análisis lingüístico o lógico específicamente propio de la dogmática. Y ello por varias razones. La primera, por una idea inadecuada de los alcances de la teoría de los niveles del discurso, instrumento puramente formal y operativo, carente de una referencia precisa y unívoca en lo que a los diversos lenguajes acerca del derecho se refiere. La segunda, por que la identificación de los referentes en cada nivel

discursivo resulta forzada y, en última instancia, inviable. Las contradicciones y dificultades teóricas del imperativismo latente en su teoría de las normas repercute en la teoría del concepto. Los referentes de la dogmática no son autoexistentes, sino que dependen de una acción activa y configuradora del entendimiento expresable, naturalmente, a través de conceptos. El lenguaje de las normas es también un lenguaje conceptual e indicativo. Con la reducción de la dogmática a consideración de un nivel en el que el sistema es sistema de conceptos, no se logra en los hechos tal precisión de un ámbito de contenido específico, sino todo lo contrario.

No podía ser de otra forma, toda vez que lo que singulariza a la dogmática como concepto histórico no es el objeto tratado, sino el modo de su tratamiento. Ello no es una función de los resultados que procura obtener o siquiera de los métodos empleados, sino de la forma en que formula sus interrogantes. Es en este punto, resuelto en un nivel anterior al de la ciencia, donde operan las estructuras latentes y las presuposiciones implícitas de la teoría, donde queda determinado el contenido y sentido de una serie de axiomas de base, un conjunto de aplicaciones ejemplares, y una determinación de lo que es y no es pertinente para el planteamiento de la ciencia.

5. El problema de inducción

La consideración del proceso por el cual el entendimiento configura los "cuerpos simples" que servirán de instrumento a la sistematización ocupa un lugar hasta cierto punto secundario en la preocupación de la dogmática. Heredero de la empresa de determinación de una "genealogía de conceptos" avanzada por Puchta, Ihering elaboró los rasgos generales de una teoría de la conceptualización oscura y dubitativa, que oscila entre la tentación de afirmar el modelo de las ciencias naturales y la resistencia a abandonar los moldes de la lógica del "concepto concreto" latente en el historicismo.

Como vía hacia un correcto encuadramiento - histórico-espiritual de la jurisprudencia formal de conceptos, apunta acertadamente Larenz que en dicha tendencia originaria de la dogmática cabe efectuar una diferenciación clara respecto al conceptualismo precedente representado por Puchta. En éste, la construcción deductiva del sistema depende, por completo, del presupuesto de un concepto fundamental determinado en su contenido, que no es deducido, a su vez, del derecho positivo, sino que le viene dado a la ciencia del derecho positivo por la filosofía del derecho. Sólo lo que es posible subordinar a este concepto fundamental puede ser derecho (57). Es importante recordar a tal efecto el papel central del apriori filosófico representado por la idea kan

tiana de libertad en la construcción del sistema de Puchta. En la dogmática, la función de unificación de la teoría es desempeñado -como se ha visto-, por un paradigma científico que suministra las claves fundamentales para la conceptualización y sistematización. Un tanto menos radical, Larenz sugiere en este sentido que "las ideas éticas fundamentales del idealismo alemán, sobre todo las de Kant, persisten, en efecto, si bien en una forma sumamente sublimada y diluida, en los sistemas conceptuales de un -- Windscheid o de un Von Thur -como también en los - conceptos fundamentales de nuestro código civil-, a pesar que hacia fines de siglo se sabe muy poco de esta conexión, y se alude por completo una fundamentación iusfilosófica." (58). Este abandono de la preocupación filosófica por determinar un concepto apriori de los que debe entenderse por "derecho", como vía - para una fundamentación de la pirámide conceptual de la ciencia, se expresa bajo la forma de una preocupación ya netamente científica por el problema de la formación de los conceptos, afrontada, como se ha - dicho, de modo no concluyente y problemático.

Refiriéndose a la doctrina predominante en - torno a la naturaleza de los principios generales - del derecho, G. Del Vecchio escribía en 1920: "según la doctrina predominante, el método para descubrir los principios generales del derecho, consistiría - en ascender, por vía de abstracción, de las disposiciones particulares de la ley, a determinaciones ca

da vez más amplias; continuando en esta "generalización creciente" hasta llegar a comprender en la esfera del derecho positivo el caso dudoso" (59). Buscando un soporte epistemológico a dicha concepción, y en fórmula íntimamente ligada al lenguaje fundacional de la dogmática, añadía: "Sólo una concepción rígida y mezquina del derecho -de la cual encontramos ejemplos en ciertos sistemas jurídicos primitivos corregidos, sin embargo, bien pronto por su mismo desarrollo histórico -podría negarse a reconocer la "fuerza de expansión lógica" que es inherente a la ley, por cuanto ésta es pensamiento, y el pensamiento es dialéctico por naturaleza" (60).

Esta idea se ve vastamente generalizada en el desarrollo de las disciplinas particulares, bajo el aspecto de una referencia genérica y no desarrollada al método de la inducción. Así por ejemplo -y refiriéndose también a los principios generales del derecho, explica Messineo que la existencia de tales principios se concibe teniendo en cuenta que las normas aisladas, en tanto son formuladas bajo la forma de hipótesis que toman en consideración situaciones particulares, derivan todas de principios más generales, que operan como el "tejido conjuntivo" del ordenamiento jurídico entero. Se trata de principios "cuya reconstrucción -en tanto que delicada y laboriosa- es posible mediante un procedimiento lógico que parte de lo particular y se dirige hacia una -progresiva y siempre más vasta generalización, calificada como procedimiento inductivo" (61).

La poderosa sugestión del método de las ciencias naturales sitúa al análisis ante algo más que una metáfora. En su enfrentamiento al iusnaturalismo racionalista, el historicismo apunta a la necesidad de un método individualizador que fuera al mismo tiempo compatible con el impulso hacia la generalización propio de la ciencia. Tal será el cometido de la dogmática, empeñada -como se ha visto- en una reconducción a los conceptos jurídicos de todo el material con que se opera. Tal es la condición para presentar en una unidad sistemática la totalidad del ordenamiento jurídico y facilitar, al mismo tiempo, su conocimiento y despliegue lógico y práctico (62). Con todo, la pregunta acerca de la posibilidad de derivar principios generales a partir de normas individuales, se ve mediatizada a través de una referencia indefinida a la naturaleza y estructura del método inductivo, cuando no a través de una enfática profesión de fe. Expresión de esta última actitud sería la de S. Soler, al afirmar : "Por cuanto hace a la invalidez de la sistematización jurídica basada en un procedimiento inductivo, no solamente nos fundamos en la fe que puede inspirarnos el ejemplo de los grandes juristas, hay sólidos motivos para creer que ese procedimiento que desespera a la filosofía nada tiene de sofístico, contradictorio o engañoso cuando, como en el derecho, opera sobre series limitadas" (63).

Es precisamente esta alusión a la naturaleza del método generalizador en el derecho la que sugie

re la existencia de una nueva zona de penumbra en la teoría disponible. Como nota Aarnio, las generalizaciones inductivas concernientes a la naturaleza son posibles debido a que las regularidades e instancias de invariabilidad que hacen posible una inducción válida se encuentran en la propia naturaleza (64). Los fenómenos del mundo físico configuran un universo abierto e indeterminado, en tanto que -al menos desde el punto de vista de la dogmática-, el conjunto de fenómenos jurídicos constituye un universo finito herméticamente clausurado y, por tanto, abaricable en todas sus manifestaciones. Es por ello que el jurista no podría concluir la existencia de un determinado principio jurídico a partir de la -simple verificación de una pluralidad de soluciones similares a casos distintos. En tal caso, la conclusión configuraría simplemente una inferencia generalizadora de base deductiva. Una conclusión de este orden supone algunas puntualizaciones de orden técnico lógico.

En un sentido muy amplio, suele denominarse inducción a todo razonamiento que generaliza, extendiendo la fórmula tanto a generalizaciones rigurosas como las de la matemática, como a generalizaciones probables como las de la física. Por otra parte, a partir sobre todo de la expansión del método científico-natural, la inducción ha cobrado un segundo sentido que la especificación como toda inferencia que proporciona conclusiones simplemente probables. En

este sentido, indica Blanché, que el sentido de la palabra inducción oscila entre dos acepciones distintas. Por una parte, la elaborada por los filósofos, que desde Aristóteles a Bacon avanzaron una teoría de la inducción que precede en siglos a su puesta en funcionamiento práctico en el terreno de la ciencia. Por otro lado, la de los científicos que, desde Galileo a Newton han elaborado y puesto en marcha el método experimental en el ámbito de las disciplinas científicas (65). La primera, parecería centrarse en la imagen aristotélica del "pasaje de los casos particulares al universal" (66), la segunda en la idea del espíritu científico moderno de una reconstrucción de las leyes que regulan el orden físico a partir de los hechos. Aristóteles llegó a proponer, inclusive, la distinción entre aquellos tipos de inducción en los que la enumeración de casos tenidos en cuenta es completa, de aquellos en los que es incompleta. En el primer caso, se da una especie de silogismo en el que la conclusión está ya contenida en las premisas (67). En el segundo, lo que en el vocabulario moderno se denomina inducción amplificante, básicamente caracterizada por la existencia de un riesgo lógico que convierte en probable el alcance de la conclusión. Una larga y compleja evolución del concepto ha terminado por difuminar las significaciones originarias, y son pocos los puntos firmes a los que hoy puede acudir la teoría jurídica.

Buscando, precisamente, tal punto de partida, Blanché sugiere la existencia de tres puntos comunes a las teorías de la inducción, desde Aristóteles hasta nuestros días. En primer lugar, un punto de partida, directo o indirecto, en la experiencia. Indirecto, por cuanto aún cuando la inducción repose sobre inducciones anteriores, resulta siempre posible una remisión hacia datos de hecho originarios. En segundo lugar, un movimiento que se remonta hacia los principios, desandando de alguna manera el orden de la deducción. En tercer lugar, un cierto carácter de inseguridad que otorga un papel central a la prueba y la verificación. Este carácter conjetural, confiere a la inducción una necesaria referencia a su contenido material (68). Esta nota explica asimismo la primacía dentro de la teoría de la ciencia contemporánea de las definiciones de inducción tendentes a subrayar la índole de las conclusiones obtenidas frente a la referencia clásica al modo de obtenerlas. Así, por ejemplo, la conocida definición de M. Black, para quien el término "inducción" sirve para designar todos los casos de argumentación no demostrativa en las que la verdad de las premisas, aunque no entraña la verdad de la conclusión, pretende ser una buena razón para creer en ella" (69). En el fondo, dicha definición parece reducirse a un criterio definitorio puramente negativo, para el que sería inducción todo lo que no es deducción, en tanto que el criterio de verdad de la conclusión inductiva quedaría remitido al carácter de "probables" de las conclusiones.

A esta acepción "científica" de la inducción llega la dogmática, no tanto como resultado de un desarrollo riguroso de la teoría, como de la comodidad de un vocable vagamente referido a la legitimidad del método científico. La referencia a la inducción como nota típica del método jurídico se apoya así en la tendencia general a incorporar al lenguaje jurídico las particularidades del método científico natural, a la vez que en el propósito de contar con una idea de verdad paralela a la que exhiben las ciencias naturales. Esta tendencia, sin duda central en la dogmática, no debe ser confundida con otros tipos de utilización del vocable inducción fundados en una acepción de máxima amplitud (70) cuya motivación parece ser más bien la de establecer una diferenciación neta entre el procedimiento demostrativo típico de las construcciones del iusnaturalismo racionalista o el conceptualismo positivista y, por otro lado el método generalizado propio de las posturas realistas y empiristas.

Los problemas principales surgen sin embargo, de la utilización del término inducción en la acepción estricta de las ciencias naturales. La idea de ordenamiento como todo sistemático parece excluir la posibilidad de considerar el proceso de formación de conceptos y categorías jurídicas como un tipo de inducción. Aún en los casos, en que la ciencia avanza a través de una generalización cre-

ciente, desde los cuerpos simples hacia las teorías y de allí hacia la totalidad del sistema, el carácter finito del universo de datos considerados por la ciencia, otorga la base para que la generalización practicada sobre los casos examinados comprenda a todos los casos posibles. Se estaría así ante una inducción perfecta o completa, que lejos de configurar una antítesis de la deducción, constituye un ejemplo de razonamiento deductivo, en el que se llega a la conclusión por vía de un razonamiento silogístico estricto (71).

La preocupación por el problema expuesto aparece en el desarrollo de la dogmática desde un primer momento. Así en sus lecciones de Marburgo, explica Savigny que "el contenido del sistema es la legislación, es decir, los principios del derecho. Necesitamos del medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica de todo el contenido de la ~~legislación~~ legislación para ~~conocer~~ esos principios, en parte particularmente, en parte en su conexión. Todo lo que es formal tiene por objeto desarrollar la determinación de los principios particulares del derecho -generalmente esto se llama definiciones y distinciones-, ordenar la vinculación de varios principios particulares y su conexión. Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema"... "en el sistema no debe tratarse ningún concepto sin referirlo a un principio de derecho; cada cual debe tener una realidad jurídica" (72). El texto reúne prácticamen

te todos los extremos precedentemente expuestos. El sistema es, ante todo, un sistema de conceptos, cuyo referente empírico es la legislación. El carácter sistemático de la realidad estudiada impone un estudio que poco tiene que ver con el afán de determinar regularidades empíricas sobre la base de las cuales sea posible la generalización y la predicción. Sus proposiciones tienen que ver más bien con la demostración de soluciones jurídicas a partir de ciertos principios que se presentan con mayor evidencia a la consideración del jurista. La teoría Savigniana de la interpretación extensiva, desde la Metodología hasta el Sistema y proyectada posteriormente a la teoría de Ihering acerca de la analogía extensiva, contiene los elementos básicos de la solución dogmática al problema de la construcción de los conceptos. Para los fundadores de la dogmática, el problema de la integración de lagunas es afrontado mediante el recurso a una inferencia generalizadora, cuyo carácter básicamente demostrativo le impone las condiciones lógicas exigibles a toda inferencia válida. Si bien falta la experiencia de un derecho explícitamente sistematizado como el que advendría posteriormente con la consolidación del constitucionalismo y la codificación, es claro que en Savigny las fuentes aparecen como "simples piezas de comprobación para la verdad jurídica inmanente en la cosa, a la que ninguna legislación positiva puede sustraerse" (73). En Ihering, la extensión por analogía viene exigida por la idea ya expuesta de que "En tanto

reine en la historia la ley de que lo general no na
ce bajo la forma de lo general, sino bajo una forma
limitada, la necesidad de la extensión por analogía
persistirá; la naturaleza misma hace necesario el
concurso del jurista" (74).

Nuevamente, resulta evidente que en la búsque
da de lo que los dogmáticos llaman inducción, el aná
lisis vuelve a encontrarse con un punto en el que
el contenido y sentido de la teoría sólo resulta ex
plicable a la luz de aquellas presuposiciones implí
citas a la teoría, relativas en general a una opción
de base acerca de lo que por método científico debe
legítimamente entenderse. La conceptualización de la
tarea de la ciencia en términos de "inducción" cobra
así un sentido que trasciende los límites del pro
pio paradigma. La determinación apriorística de un
conjunto de condiciones para la existencia de la -
verdad científica obliga a la dogmática a acudir a
la imagen de la inducción como vía para dilucidar la
naturaleza del modelo de explicación científica uti
lizado. La necesidad de establecer de un modo "ob
jetivo" la intención del legislador, o bien de pre
ver regularidades empíricas en el sentido de las de
cisiones judiciales, impulsa a buscar en la teoría
de la inducción lo que esta, por la propia naturale
za de los materiales sobre los que trabaja en el ca
so del derecho, es incapaz de proporcionar. Desde -
el punto de vista de la teoría disponible, la impo
sibilidad de la inducción cierra a su vez toda alter

nativa a un posible papel "creador" de la ciencia del derecho. Cuando este se manifieste, lo hará a costa del principio de congruencia que anima al paradigma utilizado, y a impulsos que "escapan al dominio del conocimiento únicamente, para pertenecer, también, al de las intenciones" (75). Es decir, de aquel ámbito en el que quedan definidos los axiomas de sentido.

NOTAS

(1) NISBET, R: La formación del pensamiento sociológico. Trad. C. Molina de Vedia. Buenos Aires, 1969, vol. I pp. 17-18. Cfr. asimismo una sugestiva aplicación en la sociología como forma de arte. Trad. C. Luca de Tena. Madrid, 1979, pp. 11-19; The social philosophers. Community and conflict in western thought. Nueva York, 1973 espec. pp. 1-9 y 445-449 y, en colaboración con PERRIN, R.G.: The social bond. Nueva York, 1977, espec. pp. 35-46. Los análisis que siguen se venefician, asimismo, de enfoques desde varios puntos de vista similares formulados entre otros, por GINER, S: El progreso de la conciencia sociológica. Barcelona, 1974; MANGABEIRA UNGER, R: O direito na sociedade moderna. Contribução a crítica da teoria social. Río de Janeiro, 1979 caps. I y IV. STRASSER, C: La razón científica en política y en sociología. Cit. cap. 3 y 6. GOUDNER, A: La crisis de la sociología occidental. Trad. N. Míguez. Buenos Aires, 1973, 1ª parte; la sociología actual: renovación y crítica, Cit. En el ámbito de la filosofía de la ciencia, cfr. Particularmente, TOULMIN, S: La comprensión humana, cit; KUHN, Th.S. La estructura de las revoluciones científicas. Trad. A Contin. México, 1977; la función del dogma en la investigación científica. Trad. D. Eslava. Valencia, 1979; VON WRIGHT, G-H: Explicación y comprensión, cit. En el campo de la teoría jurídica de orientación analítica, especialmente AARNIO, A: On legal reasoning. Turku, 1977; Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung. Viena-N. York. 1979.

(2) Se utiliza la expresión en el sentido propuesto por GINER, S: Op. Cit p. 35 y, en general, cap. II. Las diferencias respecto a nuestro enfoque quedarán de manifiesto a lo largo del texto.

(3) GINER, S: Op. Cit. p. 37, nota 10.

(4) KUHN, Th. La función del dogma de la investigación científica, cit. p. 21.

(5) KUHN, Th: Op. Cit. p. 6.

- (6) Utilizando analógicamente la expresión ya conocida de HART, H.L.A. The concept of law. Oxford, 1961, pp. 86-87, respecto al análisis de las reglas.
- (7) KELSEN, H: Reine Rechtslehre. Viena, 1960, pp. III y IV.
- (8) KELSEN, H: Teoría general del Estado. Trad. L. Legaz. México, 1979, p. VII.
- (9) KELSEN, H: Op. Cit. p. XVIII.
- (10) En tal sentido, CALSAMIGLIA, A: Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona, 1977, pp. 7 y 8.
- (11) AARNIO, A: On the paradigm of legal dogmatics, Cit. p. 6. Más recientemente, su Denkweisen der Rechtswissenschaft, cit. pp. 33-39. Un primer planteamiento en On the significance of theoretical studies in legal research, en su Legal point of view. Helsinki, 1978, pp. 50-78.
- (12) AARNIO, A: On the paradigm of legal dogmatics, cit. p. 6.
- (13) AARNIO, A: On legal reasoning, cit. p. 4. Asimismo, VON WRIGHT, G-H: Explicación y comprensión, cit. p. 21.
- (14) AGAZZI, E: Op. Cit. pp. 197-198. Sobre el punto, M. Bunge observa que si una teoría es formal, sus axiomas determinarán la estructura de los conceptos -primitivos o in definidos- básicos, así como sus interrelaciones. Pero si la teoría es factual, tal caracterización formal será insuficiente: deberá, pues, ser complementada mediante posiciones semánticas que indiquen la naturaleza de los referentes. En otras palabras, una teoría factual consistirá en una estructura formal enriquecida con un conjunto de posiciones concernientes a los referentes de sus conceptos básicos. Cfr. Treatise on basic philosophy. Dordrecht-Boston, 1974, vol. I, Semantics I: Sense and reference, pp. 62-63. Sobre el problema de los cambios de significado en las posiciones semánticas, cfr. vol. 2. Semantics II: Interpretation and Truth, pp. 64-67.
- (15) KELSEN, H. Teoría general del Estado, cit. p. VIII.

(16) KUHN, Th: La función del dogma en la investigación científica, cit, p. 14.

(17) ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría moderna de la interpretación, Cit. p. 5.

(18) Cfr. los desarrollos esbozados supra, cap. II.

(19) FERRATER MORA, J: Voz "Sistema", en Diccionario de Filosofía. Madrid, 1979, vol. IV. p. 3065.

(20) KLUG, U: Lógica jurídica. Trad. J.D. García Bacca. Caracas, 1961, p. 34.

(21) Al respecto, AGAZZI, E: Op. Cit. p. 193, nota 6 y 122-123 y OTT, W: Op. Cit. pp. 116-117.

(22) Así, por ej. KLUG, U: Op. Cit. p. 34 y OTT, W: Op. Cit. p. 112. Asimismo, NEUMANN, U: Formalisierung und Axiomatisierung von Rechtssätzen, en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W (eds.) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg-Karlsruhe, 1977, pp. 132 y ss.

(23) AGAZZI, E: Op. Cit. p. 126

(24) Esprit, III, p. 28.

(25) Esprit, III, p. 29.

(26) Esprit, III, p. 37 y el análisis efectuado supra en cap. III.

(27) Para el caso de la teoría física, AGAZZI, E: Op. Cit. p. 199.

(28) Tal es el alcance de su insistencia en el carácter esencialmente descriptivo y no creativo de la ciencia del derecho, expuesto en Esprit, III. p. 30.

(29) HART, H.L.A.: The concept of law, cit. pp. 77-79.

(30) HART, H.L.A. Op Cit. p. 92.

(31) Cfr, especialmente DWORKIN, R.M.: Is law a system of rules? en DWORKIN, R.M. (ed) The philosophy of

law, cit. pp. 38-65 y, en general, Taking rights seriously, Londres, 1977, caps. 1-4, 12 y 13. Sobre la polémica entablada contra el positivismo, cfr. asimismo MC CORMICK, N: Legal reasoning and legal theory. Oxford, 1978, pp. 229 y ss.

(32) KLUG, U: Op. Cit. p. 35.

(33) NINO, C.S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica, cit. pp. 85-86.

(34) Para lo que sigue, aunque con diferencias importantes, cfr. BOBBIO, N: Le bon législateur, cit. pp. 244 y ss.

(35) HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: La noción de sistema en Savigny, cit. p. 273.

(36) HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS. A: Op. Cit. p. 273.

(37) Cfr. al respecto COING, H: Historia y significado de la noción de sistema en la jurisprudencia, cit.; LOSANO, M: Sistema e struttura nel diritto, cit.; GOMEZ ABOLEYA E: Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna, en Estudios de teoría de la sociedad y del Estado. Madrid, 1962, pp. 416-438; BRUFAU, J: La actitud metódica de Samuel Puffendorf. Madrid, 1968; GUSDORF, G: Les principes de la pensée au siècle des lumières, cit.; STROMHOLM, S: Sviluppo storico dell'idea di sistema, cit., pp. 469-486; THOMAN, M: Histoire et ideologie juridique au XVIII siècle, ou "le droit prisonnier des mots", en APD, XX (1974).

(38) De iure belli ac pacis. Proleg. parágrafo 38 a. cit por VILLEY, M: La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1975, p. 625.

(39) GUSDORF, G: Les principes de la pensée au siècle des lumières, cit. p. 258 y ONG, W.J. System, space and intellect in Renaissance symbolism. Ginebra, 1956, p. 236.

(40) HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS: Op. Cit. p. 294.

(41) Cfr supra cap. II, apartado 4.

(42) Op. Cit. y LOSANO, M: Op. Cit. p. XXV.

(43) HERNANDEZ GIL, A: Metodología de la ciencia del derecho, vol. I, pp. 121-123 y SAVIGNY, De la vocación, cit. pp. 35-36 y 143-146.

(44) Cfr. el comentario de HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: Op. Cit. p. 306, al modelo de tratamiento esbozado con motivo del tema de la persona jurídica.

(45) Esprit, III, pp. 74-78.

(46) Cfr. sin embargo la crítica de STONE, J: Legal system and lawyers reasoning. Stanford, 1964, p. 105, contestado vigorosamente por KELSEN, H: Professor Stone and the Pure Theory of law, en Stanford Law Review, 17 (1965), p. 1128, ahora en Contribuciones a la teoría pura del derecho. Trad. I.W. de Ortiz y J. Bacqué. Buenos Aires, 1969, pp. 52-57; cfr. la crítica de ROSS, A: On Law and justice. Londres, 1958, cap. II y la respuesta de KELSEN, H: Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre (Bemerkungen zu Alf Ross "On Law and justice") en Osterreich Zeitschrift für öffentliches Recht, X, I (1959), ahora en Contribuciones, cit, pp. 9 y ss.

(47) HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: Op. Cit. p. 331.

(48) Op. Cit. p. 375 en su estudio acerca del problema en Savigny, agrega, además una consideración acerca de las posibles acepciones del sistema como sistema de derechos subjetivos y como sistema de relaciones jurídicas, con especial tratamiento a ésta última.

(49) AARNIO, A: On legal reasoning, cit. p. 228.

(50) AARNIO, A: Denkweisen der Rechtswissenschaft, cit. p. 49.

(51) JORI, M: Definizioni e livelli di discorso giuridico, en BELBEDERE, A., JORI, M. y LANTELLA, M: Definizioni giuridiche e ideologie. Milán, 1979, p. 489.

(52) JORI M: Op. Cit. pp. 289-490. Por su parte, KELSEN apunta ya en 1960 con todo detalle, su distinción entre normas y enunciados jurídicos: "los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al cono-

cimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo condiciones que ese mismo orden determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandatos y, en cuanto tales, ordenes imperativas"...el derecho ordena, permite o faculta; no "informa". Reine Rechtslehre, cit.p. 73. Para un visión analítica del problema, cfr. PATTARO, E: Filosofía del derecho. Derecho y ciencia jurídica. Trad. J. Iturmendi Morales. Madrid, 1980, p. 88.

(53) BOBBIO, N: Scienza del diritto e analisi del linguaggio, cit, p. 306.

(54) Como nota HERNANDEZ GIL-A.-CIENFUEGOS, A: Op. Cit. p. 373.

(55) Op. Cit. pp. 351 y 378 y ss.

(56) AARNIO, A: On legal reasoning, cit, pp. 228-229.

(57) LARENZ, K: Op. Cit. p. 37

(58) Op. Cit. p. 37.

(59) DEL VECCHIO, G: Los principios generales del derecho. Trad. J. Ossorio Morales. Barcelona, 1979, p. 51.

(60) Op. Cit. p. 54.

(61) MESSINEO, F: Manuale di diritto civile e commerciale. Milán, 1947, vol. I, p. 67. En sentido similar, DE RUGGIERO, R: Instituciones de derecho civil. Madrid 1938, p. 154; COVIELLO, N: Doctrina general del derecho civil. México, 1938, p. 97.

(62) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L: Filosofía del derecho, cit. pp. 82-83.

~~(63) SOLER, S: La interpretación de la ley. Barcelona, 1962, p. 180.~~

(64) AARNIO, A: Op. Cit. p. 79.

(65) BLANCHE, R: L'induction scientifique et les lois naturelles. Paris, 1975, p. 8.

(66) Topicos, I, 12, 10.

(67) Sobre los reparos técnicos que sugiere esta caracterización, cfr. BLANCHE, R: Op. Cit. p. 10.

(68) BLANCHE, R: Op. Cit. pp. 16-17

(69) BLACK, M: Inducción y probabilidad. Trad. P. Casañ. Madrid, 1979, p. 83.

(70) Así, por ej. AARNIO, A: On legal reasoning, cit. p. 78 y ss.

(71) En tal sentido, COHEN, M y NAGEL, E: Introducción a la lógica y al método científico. Trad. N. Míguez. Buenos Aires, 1977, vol. II, p. 100. Asimismo, BLANCHE, R: Le raisonnement. Paris, 1973 espec. su excelente cap. X dedicado al problema de la inducción; BRAITHWAITE, R.B. La explicación científica. Trad. V. Sánchez de Zavala. Madrid, 1965, pp. 283 ofrece un esquema recogido por la mayor parte de los tratamientos acerca de la justificación de la inducción. Para una consideración general de las diversas tendencias existentes, cfr. SWINBURNE, R (ed) La justificación del razonamiento inductivo. Trad. E. Pérez Sedeño. Madrid, 1976. (Con trabajos ya clásicos de B. Russell, P. Edwards, J.O. Urmson, M. Black, P. Achinstein, W.C. Salmon y otros. Los aspectos filosóficos del problema motivan en cambio, la excelente recopilación de MEOTTI, A (ed) L'induzione e l'ordine dell'universo. Milán, 1978, que recoge textos fundamentales de B. Russell, C. S. Pierce, R. Carnap, L. Geymonat, P.F. Strawson, R.B. Braithwaite, H. Reichenbach y otros.

(72) Metodología jurídica, cit. pp. 37-38.

(73) ESSER, J: Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. E. Valenti Fiol. Barcelona, 1961, pp. 218 y 219.

(74) Esprit, III, p. 35.

(75) AARNIO, A: Op. Cit. p. 81.

CAPITULO V

LAS CONDICIONES DE LA VERDAD CIENTIFICA

1. Del contrato científico originario

La recuperación actual del problema de las condiciones del progreso científico se encuentra vinculada a algunos de los problemas más antiguos de la teoría de la ciencia. La idea de que el científico afronta su tarea despojado absolutamente de posiciones previas y abierto únicamente a los resultados de su investigación dista de verse comprobada en los hechos. "El prejuicio y la resistencia -escribe Th.S. Kuhn- parecen ser más bien la regla que la excepción en los desarrollos maduros de la ciencia. Por añadidura, y bajo circunstancias normales, caracterizan tanto a la mejor y más creativa como a la más rutinaria de las investigaciones" (1).

Por lo general, la adopción de un paradigma determinado por parte de una comunidad científica, constituye una operación excluyente, a partir de la cual quedan fijados los límites propios de toda investigación que aspire a la dignidad de la ciencia,

a la vez que determinadas las cuestiones de que es legítimo ocuparse. Las cuestiones filosóficas de base quedan inclusive relegadas como un obstáculo para el progreso de la ciencia, se articula así un compromiso con una determinada concepción de la realidad que, a la vez que atempera la insatisfacción natural de la actitud filosófica, abre la posibilidad para una reflexión de la ciencia sobre si misma y sobre sus instrumentos y categorías de análisis. "El dogmatismo de la ciencia madura" se presenta, en consecuencia, como una característica propia de aquellos períodos de la evolución científica en los que la preocupación por asegurar un terreno propio y seguro para la investigación se impone por sobre la inquietud de profundizar en el sentido último de la realidad. En esta opción operan, de modo inevitable, las estructuras latentes y presuposiciones implicitas que subyacen a todo paradigma científico.

Lo dicho puede ser entendido en todo su alcance a partir de la noción de paradigma. En tal sentido, debe recordarse la afirmación de Kuhn en el sentido de que un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, a la vez que, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma (2). Poco se sabe acerca de los motivos que llevan a ciertos científicos en un momento determinado a revisar sustancialmente sus modelos de actividad científica y a organizarlos en torno a un nuevo paradigma de ciencia normal vigente. Las teorías

científicas se presentan como un conjunto estratificado, cuyos elementos se van incorporando al todo en momentos diversos. En última instancia, ello es posible en la medida en que existe un compromiso del científico con la comunidad científica a que pertenece y con los moldes aceptados de su disciplina.

Toda comunidad científica supone ciertas bases convenidas, a las que el científico accede por medio de pasos sucesivos de iniciación, educación y adiestramiento. Consciente de las dificultades que plantea una acepción demasiado extensa del término "paradigma", Th.S. Kuhn sugiere la utilización de la expresión "matriz disciplinal". "Disciplinal" se referiría a la posesión en común por parte de los practicantes de una disciplina determinada; "matriz" aludiría a un todo ordenado, compuesto por varios elementos, cada uno de los cuales requeriría una especificación posterior (3). Esta matriz contendría generalizaciones simbólicas, expresiones de aceptación general, presupuestos conceptuales generales, valores, ejemplos compartidos, representaciones del mundo onjetivo, generalizaciones empíricas, etc. Implicaría la determinación de ciertos aspectos de la estructura latente, que se convertirían en objeto de convención, variando el alcance de lo convenido en función de las características propias de cada cultura jurídica (4).

Las investigaciones del jurista dogmático suponen una serie de opciones previas que han sido ya tomadas por el propio paradigma. Entre dichas opciones podría mencionarse, por ejemplo, la elección del ámbito de la investigación, la elección del objeto, la selección de los problemas considerados como relevantes o significativos, la elección de los instrumentos metodológicos, la elección de los materiales sobre los que se desarrollará la investigación, la elección de los criterios de ponderación de argumentos científicos de clasificación y de una evaluación de resultados, etc. (5). Todos estos temas reconocen una vinculación de fondo entre sí, debido precisamente a que el paradigma dogmático ha procedido a dar una respuesta global e integrada a los mismos, excluyendo toda otra alternativa. Como dice Kuhn, "los profesionales de una especialidad científica madura están profundamente comprometidos con algún modo basado-en-paradigma de ver y de investigar la naturaleza. Su paradigma les habla de los tipos de entidades que pueblan el universo, y del modo de comportarse de los miembros de esa población; además les informa de los problemas que pueden ser legítimamente planteados acerca de la naturaleza y de las técnicas que pueden ser convenientemente usadas en la búsqueda de respuestas para tales problemas" (6)

El paradigma de los dogmáticos supone una creencia en ciertos valores generales, derivados del hecho mismo de la vigencia de un orden jurídico y de

la legitimidad de un saber científico estrictamente reducido a los límites de la descripción empírica. El pasaje de la teoría a la ideología del positivismo -ha indicado Bobbio- es el pasaje de la constatación de un hecho a la valoración afirmativa del mismo. Esta valoración tiene poco que ver con un criterio axiológico concreto: se orienta, más bien, hacia la verificación del hecho de que un ordenamiento dado, por el hecho de ser tal, actualiza el valor de racionalidad que porta consigo el Estado moderno.

La presencia de esta dimensión valorativa e ideológica de la dogmática es una de las causas por las que la distinción generalizada a partir de Reichenbach entre contexto de descubrimiento -modo en que se llega a un resultado científico determinado- y contexto de justificación -modo en que se lo justifica-, se haya convertido en una categoría explicativa fundamental en la teoría jurídica contemporánea. A partir del positivismo, los problemas atinentes al contexto de descubrimiento pertenecerían -como se ha visto- al ámbito de la sociología, la historia, la filosofía, la economía o la psicología; los problemas epistemológicos, propios del contexto de justificación, son así objeto de un tratamiento puramente formal y lógico. El científico se ve eximido de una consideración de los fundamentos y génesis de los modelos e instrumentos que utiliza, en función de una suerte de división del trabajo que relega tales cuestiones al campo de las ciencias empíricas.

Su tarea se limita así a la "reconstrucción" (Savigny) de los aspectos lógico-formales del razonamiento del legislador.

Idénticas consideraciones permiten explicar la ausencia, dentro de la perspectiva dogmática, de un interés por los problemas que plantea lo que podría denominarse "contexto de persuasión" -objeto propio de una "teoría de la racionalidad" apta para proporcionar, desde una perspectiva externa, criterios para el análisis de la argumentación de los juristas- (7). Los intentos de "rehabilitación de la filosofía práctica, la teoría de la argumentación, los ensayos de recuperación de los temas de la tópica clásica, la teoría consensual de la verdad de la hermenéutica existencial o las posiciones de S. Toulmin en su debate contra Kuhn (8) deben ser vistos como ensayos de reubicación de la teoría de la ciencia en una perspectiva anterior a la del positivismo -y, en tal sentido, "tradicional"-. De allí su coincidencia en el objetivo de situar a las relaciones entre reglas de descubrimiento y principios de la argumentación en el centro de interés de sus desarrollos respectivos.

En este sentido, el planteamiento del problema de las anomalías dentro del paradigma dogmático solo parece posible desde el punto de vista del análisis de la articulación interna del mismo. La dogmática se detiene así en una consideración del esque-

leto lógico del sistema y de sus conceptos fundamentales; del conjunto de reglas de correspondencia que explican la articulación del sistema, y de la determinación de ciertas reglas hermenéuticas elementales, capaces de regular la relación del sistema con los datos históricos.

Esta inserción del sistema científico en la estructura histórica se verifica también en el nivel de los fundamentos. La idea de ciencia jurídica dominante a partir de la modernidad es, solidaria con la idea general de la ciencia acuñada por el positivismo. Y tal idea comporta, como se ha visto, un cierto modo de entender las relaciones entre los elementos ciencia, saber y poder. Por otra parte, el entendimiento de dichas relaciones supone una determinada noción de cada uno de dichos elementos por separado (9) En la expresión saber es poder queda sintetizada la idea de que el conocimiento se revela como tal a través de su capacidad transformadora de la realidad. El conocimiento no sólo se mide y evalúa a través de las obras, sino que se define esencialmente en y para las mismas. Con ello no está, sin embargo, todo dicho, puesto que así como el positivismo carece de una idea definida de lo que constituye el ámbito de la ciencia más allá del método de la ciencia en sí, difícilmente puede eludir igual vaguedad y ambigüedad en lo que a la determinación del concepto de poder se refiere. La cuestión cobra importancia máxima si se tiene en cuenta que,

al margen de las condiciones de posibilidad de la ciencia como tal -o, al menos, como es concebida a partir de la modernidad-, una comunidad científica determinada tendrá por "científico" lo que sus miembros convengan como tal. La idea de "objetividad" de la ciencia no se encuentra así - como se verá - desconectada de la posibilidad de los conocimientos científicos de obras persuasivamente en la tarea de acreditar resultados. La pregunta por el fundamento de dicha capacidad persuasiva remite directamente a la idea de ciencia como poder y a los compromisos de base de la comunidad científica. La idea de "poder" como finalidad cumple una función estructuradora del conocimiento, y todo ello supone a su vez un conjunto de condiciones, cumplidas las cuales el método es juzgado como científico.

Lo dicho sugiere la imagen de un contrato originario que opera como condición de posibilidad de la comunidad científica: en la medida en que la ciencia se articule según ciertas condiciones de organización y operación, será recompensada con una aceptación generalizada de su poder. El poder es así la contraprestación de la sujeción de la investigación al método científico tal como viene propuesto desde el paradigma de ciencia normal (10) La cuestión que queda así abierta compromete aspectos esenciales de la idea moderna de ciencia y hasta su viabilidad misma en el ámbito de las ciencias sociales. Definida la ciencia como un conocimiento acumulativo y útil, identificado como tal en virtud del cánon metodológico

co de las ciencias naturales, la propia prestación que ha comprometido -el "método científico"- queda cuestionado en su eficacia por la naturaleza del resultado que se le ha prometido -el "poder"- una ciencia cuya utilidad y acumulatividad resultan seriamente cuestionales sugiere no tanto su validez en términos de "poder" como la posibilidad de que un poder instrumentalice el prestigio consensualmente otorgado a la científicidad en una dirección exenta de todo posible control racional.

2. Sintomatología de la verdad

Uno de los problemas más difíciles e interesantes de la decisión racional -escribe M. Bunge- es la elección entre diversos caminos posibles y divergentes en la construcción de teorías y entre teorías científicas competidoras (11) El contrato originario sugiere la idea de que este tipo de elecciones parte de bases puramente convencionales y arbitrarias, como si no existiera en la propia idea de ciencia una racionalidad inmanente y constriñente. El recorrido efectuado en capítulos precedentes ha servido, en cambio, para demostrar lo contrario. Observada desde afuera, la versión dogmática de la ciencia del derecho apoya el sentido de sus axiomas en un conjunto de exigencias que hacen a la posibilidad de un nivel de conocimiento del fenómeno jurídico pretendidamente autónomo, racional y desprovisto de condicionamientos extracientíficos. Sobre esa base, la ciencia promete la validez intersubjetiva de las conclusiones indispensables para el progreso científico.

Con todo, y habida cuenta de la observación de Cohen y Nagel de que "las disputas acerca de la palabra "ciencia" carecen de toda importancia lógica en la medida en que conciernen al prestigio que otorga dicha palabra" (12) parece importante afrontar algunos interrogantes de fondo, soslayados por el positivismo. ¿Que es, en rigor y más allá de las pa

labras, lo que en verdad se hace cuanto se pretende hacer "ciencia jurídica?" ¿En que se funda la imposición por parte de la dogmática de un paradigma único de racionalidad? Como se ha observado respecto a las ciencias sociales en general, aunque estas preguntas halben por sí solas, "la comunidad científica prefiere renegar explícitamente de algunas tradiciones tanto como de algunas posibilidades y necesidades de la razón, al tiempo que se postula rutinariamente no se sabe muy bien qué, no se sabe muy bien para qué, y no se sabe muy bien a cambio de qué". (13)

El razonamiento generalizado dentro de la teoría disponible cobra aproximadamente la siguiente estructura.

- 1) Solo el "método científico", tal y como es practicado por las ciencias formales y aplicado por las ciencias empírico-naturales, es capaz de generar un saber objetivo, cierto, indiscutible, acumulativo y útil.
- 2) El paradigma científico de la dogmática se presenta como la única alternativa capaz de garantizar tales objetivos.
- 3) La dogmática es, en conclusión, la única alternativa de saber objetivo, cierto, indiscutible, acumulativo y útil.

Lo dicho supone que la afirmación de la dogmática se lleva a cabo en contraposición a un saber que, por el contrario, carecería de las características de objetividad, certeza, indiscutibilidad, acumulatividad y utilidad. La ciencia sería posible una vez que acontece una asunción consciente de las condiciones del método científico. Escribe, en este sentido el primer Savigny: "Cada uno tiene un método, más en pocos ha llegado a ser una conciencia y un sistema. Pero el método es llevado a un sistema por el hecho de que pensamos que una ciencia es acabada conforme a las leyes propias a su naturaleza o conforme a un ideal de ésta" (14) La ciencia jurídica del positivismo sólo puede entenderse en términos de oposición a la tradición científica anterior. Los aspectos fundamentales de esta afirmación pueden esquematzarse mediante el siguiente cuadro del "continuo ciencia-no ciencia" propuesto por Strasser (15)

Conocimiento

1...

...2

Filosófico

Científico

Normativo

Empírico

No-objetivo

Objetivo

No acumulable

Acumulable

Occioso

Util

Agregando, por nuestra parte

Incierto	Cierto
Probable	Necesario
Valorativo	No-valorativo
Ideológico	Racional

Sobre la base de tal caracterización, la ciencia puede acudir a los síntomas de verdad acunados por las teorías factuales. En la medida en que estos síntomas aparecen como signos de adecuación de la teoría a criterios normativos o requisitos de científicidad, pasan a formar parte del paradigma de ciencia normal. Acudiendo parcialmente a la sistematización propuesta en el ámbito de la teoría general de la ciencia por M. Bunge, (16) cabe avanzar una enumeración no exhaustiva aunque sí verificable a través de una lectura "externa" de la dogmática.

2.1. Requisitos sintácticos

2.1.1. Corrección sintáctica: Alude a la necesidad de que las proposiciones de la teoría se encuentren "bien formadas" y se articulen en un todo coherente. Esta corrección sintáctica puede consistir, sobre todo en el origen de la teoría, en una aspiración y no en una realidad acabada. A este requisito alude, por ejemplo Savigny, en su referencia al rigor y fuerza del lenguaje como síntoma de

las épocas codificadoras (17) o Ihering en su imagen del alfabeto jurídico y en referencia a la ley de lo bello jurídico (18).

2.1.2. Sistematicidad o unidad conceptual: La teoría debe configurar un sistema conceptual unificado, capaz de afrontar las pruebas empíricas, al contraste teórico y el debate como una totalidad. Esta tendencia debe ser paralela e un enriquecimiento conceptual progresivo. A este requisito alude las menciones de Savigny al principio de que el derecho positivo desenvuelve un organismo natural que cobra forma histórica en los diversos ordenamientos históricos (19) o su afirmación de que todas las relaciones de derechos forman un vasto sistema, y la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos inteligencia" (20) Como se ha visto, de esta noción de la sistematicidad del objeto pasa Savigny a la idea de la sistematización de su método de conocimiento: "la forma científica que ellos (los juristas) les imprimen, y que tiende siempre a desenvolver y completar su unidad, reobra sobre el derecho mismo, le proporciona un procedimiento orgánico, y la ciencia llega a ser un nuevo elemento constitutivo del derecho" (21) Igualmente referidas a este requisito deben estimarse las numerosas referencias de Ihering al sistema en el tratamiento de las leyes de la construcción jurídica (22).

2.2. Requisitos semánticos

2.2.1. Exactitud lingüística: Impone la eliminación sistemática y métodos de la ambigüedad, la vaguedad y la oscuridad de los términos específicos, como vía para asegurar la interpretabilidad y aplicabilidad de la teoría, a la vez que una correcta y precisa identificación de los referentes. Un ejemplo de este requisito puede apreciarse en Savigny, en su exigencia de la claridad en las definiciones (23), en su tratamiento de la expresión indeterminada y la expresión defectuosa con motivo de la teoría de la interpretación (24) Esta condición debe entenderse referida también a la necesidad de enumerar el conjunto finito o recursivamente determinado de los símbolos adoptados como términos primitivos del sistema, o sea el "vocabulario aceptado" dentro del sistema (25). Ello implica no solamente la determinación de dichos términos primitivos simples -correspondientes, lógicamente, al lenguaje natural - sino también la de la lista exhaustiva de las operaciones combinatorias permitidas, cuyo resultado será reputado correcto dentro del lenguaje y economía del sistema. En el caso de la ciencia jurídica, la cobertura de este requisito es confiada a la morfología y sintaxis gramatical de los lenguajes naturales, puesto que tal es la índole del lenguaje utilizado.

2.2.2. Interpretatividad empírica: Alude a la

posibilidad de identificación del referente. En el caso de la dogmática, vuelve a plantearse la falsa alternativa entre concebir el sistema como sistema de normas, como sistema de conceptos o como sistema de proposiciones científicas, debiendo reafirmarse la solución propuesta en el capítulo IV. En general, esta exigencia permitiría inferir de las presuposiciones de la teoría ciertos enunciados que podrían compararse con enunciados del lenguaje de las normas. Se expresa en las referencias unánimemente reiteradas por la dogmática a la ley que impone a la construcción jurídica el limitarse exactamente al derecho positivo (26) El principio queda rotundamente afirmado por la Teoría Pura en los siguientes términos: "La ciencia del derecho intenta concebir "jurídicamente" su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica, como determinado por una norma de derecho" (27).

2.3. Requisitos epistemológicos

2.3.1. Consistencia externa: Este punto alude a la necesidad de que los resultados de la investigación sean confrontados exitosamente con la totalidad -o al menos con la mayor parte- del conocimiento disponible y aceptado dentro de la comunidad

científica, bien sea porque se estima que aumentan el caudal de conocimientos con que se cuenta, bien porque aún significando una anomalía dentro de la teoría disponible contribuye a su consolidación. De otro modo, se estaría ante la situación típicamente revolucionaria, en la que la regla es la resistencia y rechazo de la nueva teoría por parte de la ciencia madura. La consistencia alude a la noción de la unidad semántica de la teoría, y se revela, en general, por contraposición a la idea de contradicción, tanto interna como externa. Encuentra un ejemplo claro en las ideas de Ihering acerca de que la prueba de la construcción jurídica consiste para la ciencia en poner el resultado científico en todas las posiciones imaginables, en combinarlo de todas las maneras posibles con otros resultados y en verificar su adecuación respecto a cada uno de sus principios fundamentales. La construcción no es legítima sino en la medida en que todo el conjunto concuerde (28).

2.3.2. Capacidad explicativa: Este requisito es función de dos elementos: alcance de la teoría y exactitud de la misma. Ambos determinan límites fuera de los cuales la teoría no solamente invade un campo que no le es propio, sino que pierde todo sustento o legitimidad. Plantea el problema de aquellas verificaciones de hechos que escapan al sentido general de la teoría y que como tales son desdeñados por los científicos. En las ciencias factuales,

una teoría científica es un sistema de hipótesis que se supone da una explicación aproximada de un sector de la realidad. Contra lo que podía afirmarse desde una visión externa a la ciencia, el conocimiento científico no es necesariamente verdadero -por contraste con el ordinario, el tecnológico o el filosófico-. Como señala Bunge, lo es ciertamente con frecuencia y siempre intenta serlo cada vez más, aunque ello no importa tanto como el modo al que se llega al resultado (29) Es frecuente que los científicos partan de argumentos de autoridad, considerándolos como hipótesis de trabajo, al margen de su valor de verdad o falsedad. No menos usual es la resistencia a desechar las constataciones que contradicen la teoría. La consistencia explicativa de los resultados de la teoría científica es siempre probable, dado que los mismos se encuentran sometidos a verificaciones sucesivas y de alcance cada vez mayor. La experiencia metódicamente controlada no dice así que la constatación de una regularidad empírica determinada sea verdadera, sino que es probablemente adecuada, sin excluir por ello la posibilidad de aproximaciones más precisas y profundas a una reconstrucción conceptual del sector de la realidad estudiada (30) Este punto suscita las dificultades teóricas ya indicadas en el curso del tratamiento del tema de la inducción, derivadas en su mayor parte de la idea del ordenamiento jurídico como un todo coherente, sistemático y herético, profesada por la dogmática.

2.4. Requisitos metodológicos

2.4.1. Escrutabilidad: Las proposiciones que integran la teoría deben estar escribe Bunge -abiertos al escrutinio empírico mediante el método público y autocorrector de la ciencia (31). Este requisito remite a los problemas que presenta la noción de ciencia como saber racional intersubjetivamente transmisible, que se intentará explicitar a continuación. Supone, entre otras cosas, la posibilidad de someter a discusión los presupuestos metodológicos e instancias probatorias de toda teoría. En la tradición de la dogmática hay una referencia clara a este requisito en la alusión de Ihering a la necesidad de que las construcciones se impongan al investigador por su carácter natural, transparente, limpio y claro, frente a aquellas que resulten dudosas precisamente por el carácter frozado y poco natural de su argumentación (32). Igualmente en lo que se refiere al sistema como condición de posibilidad para un acceso intuitivo a la materia jurídica. La intuición exige la unidad, totalidad y simultaneidad de la imagen que se presenta al espíritu, y ello sólo resulta posible bajo la perceptibilidad objetiva que comporta la organización sistemática de los datos (33). El sistema es la forma más visible y práctica de la materia.

2.4.2. Confirmabilidad: Se refiere a la necesidad ya expuesta en la mención a la interpretatividad

empírica de que la teoría, en un todo y en sus partes aisladas, debe concordar con la observación de los datos positivos. Los factores confirmativo suponen a su vez un papel activo de la teoría, toda vez que la interpretación se erige en vía exclusiva de dicha confirmación. Las limitaciones que la peculiar naturaleza de los materiales jurídicos impone a la inducción resultan nuevamente aplicables a este aspecto. Lo mismo cabe decir de la refutabilidad, nota típica de las ciencias factuales y carente de sentido en las ciencias formales. La posibilidad de que una conclusión determinada complemente la totalidad de los casos posibles, debido al carácter finito del universo a que pertenecen, excluye la posibilidad de extender el ámbito jurídico los alcances reconocidos en el caso de las ciencias factuales a nociones como las de refutabilidad o confirmabilidad. Se impone, por el contrario, a los resultados de la ciencia, las condiciones de validez de toda inferencia deductiva.

Estos serían requisitos que en el orden sintáctico, semántico, epistemológico y metodológico se imponen a la ciencia desde la ciencia misma. En la medida en que se cumplan, las teorías científicas pueden operar como síntomas del tipo de verdad prometido por la ciencia. En tal caso, es posible predicar de aquéllas las notas de objetividad, certidumbre, indiscutibilidad, acumulatividad y utilidad, de acuerdo con los cuales -y según los términos

del contrato científico originario-, cabe reconocer a la ciencia el poder que la realiza como tal.

Cabría preguntarse, sin embargo, si la propia racionalidad de la ciencia no impone también ciertos requisitos de orden filosófico, referidos a los presupuestos y al contexto en que se manifiesta la teoría. Bunge apunta, en tal sentido, los siguientes: parsimonia de niveles, según el cual la teoría debe ser parsimoniosa en sus referencias a esferas de la realidad distintas de las que estén directamente implicadas en ella. No debe apelarse a niveles elevados sin tener en cuenta los inferiores, ni a niveles alejados sin tener en cuenta los intermedios-; solidez metacientífica, que impone a la ciencia una relación de compatibilidad con principios metacientíficos fecundos -como, por ejemplo, los postulados de legalidad y racionalidad; consistencia desde el punto de vista de la concepción del mundo. O al menos con la predominante dentro del círculo científico en cuestión. Este requisito opera fundamentalmente como equilibrador de tensiones innovadoras y conservadoras, marcando, conjuntamente con el de consistencia externa, el límite del paradigma científico con la estructura latente y las presuposiciones implícitas en que se apoya.

En este punto, el paradigma científico conecta, a través de sus axiomas semánticos, con las con-

diciones de posibilidad del poder de la ciencia. Si la autoridad del método científico en cuanto científico reposa en su capacidad de persuasión y en el consenso que es capaz de suscitar, la clave no está en la capacidad de ser transmisible intersubjetivamente, sino en la aptitud de persuadir a la comunidad de que los requisitos contemplados en el curso del proceso de constitución de la verdad otorgan a las conclusiones obtenidas la fuerza de la ciencia. "Su producto -indica Strasser- se impondría con la fuerza racional con que pudo imaginarse que se impone la verdad objetiva; esto es, como si acreditara lo verdadero y objetivo; pero ello sujeto al consentimiento racional debido por la audiencia requerida" (34) La ciencia es aceptada como conocimiento en la medida en que es racionalmente persuasiva. Creer, a la inversa, que es racionalmente persuasiva porque es intersubjetivamente transmisible implicaría cerrar el paso a toda investigación de los atributos que, en el contexto de una cultura jurídica determinada, proporcionan a la ciencia el prestigio en que apoya su primacía.

3. El principio de certeza

La consideración de los términos en virtud de los cuales una comunidad científica determinada antecede a los resultados logrados por los científicos la dignidad de la ciencia, ogliva a una consideración suscita de la idea de certeza (35). El paradigma dogmático funda su primacía sobre cualquier otra alternativa epistemológica en la promesa de un conocimiento "cierto" y "objetivo", capaz de asegurar no solamente la validez trans-subjetiva de sus proposiciones, sino también la posibilidad de garantizar a través de su aplicación la primacía de la seguridad en las relaciones jurídicas.

El rechazo cartesiano de todo conocimiento meramente probable y la imposición de la idea de la verdad concebida en términos de certeza constituye el punto de partida de la ciencia moderna. Implica, ante, todo, una generalización del principio de certeza afirmado en el ámbito de la física matemática, cuyo primer momento en el terreno jurídico corresponde a la obra de Ch. Wolff y, en general, a la recepción de la segunda Aufklärung alemana en la Escuela Histórica. Ya en un fragmento manuscrito de Bentham queda definida la idea básica de la dogmática, cuando se afirma que todos los ensayos del autor sobre legislación o ciencia moral, tendrán por finalidad "extender el método experimental de razonamiento de la ciencia física

a la moral. Lo que ha sido Bacon para la física ha sido Helvetius para el mundo moral. El mundo moral ha tenido, pues, su Bacon, pero espera aún su Newton" (36)

En la visión de la dogmática, la certeza alude a una exigencia de claridad univocidad y cognoscibilidad libre de dudas de la materia jurídica, cuya fundamentación remite a las presuposiciones implícitas de la teoría. Acierta M. Corsale al señalar que no existe un problema de la certeza en general, o sea que haga abstracción de las situaciones históricas determinadas en que se plantea (37). Toda referencia a la certeza en el derecho remite a una específica versión de la ciencia jurídica y a su solución respecto al problema de la tensión entre teoría y praxis. La consideración de la certeza como un principio o condición esencial del saber científico en todo tiempo y lugar ha solido introducir confusiones de importancia dentro de un debate no concluido en el que hay un juego mucho más que simples divergencias semánticas.

Es conocida al respecto la opinión de López de Oñate, en el sentido de considerar a la ~~certeza como~~ "específica eticidad del derecho" (38). Desde su normativismo idealista a ultranza, dicho autor considera que la exigencia de certeza en la vida cognoscitiva nace de la necesidad

de considerar la realidad y la verdad no como términos opuestos, sino como una unidad concreta. Ello implica considerar la actividad jurídica y la norma jurídica como una misma totalidad, desde la cual "la pretendida antinomia entre legalidad y equidad encuentra su solución; precisamente por la naturaleza del derecho, espec8lativamente identificada, la justicia no puede realizarse sino en la norma rígida y abstracta, que debe ser cierta. En este carácter abstracto radica la concreción precisa de la experiencia jurídica, y sólo a través de esa certeza es posible que aquella realice la justicia" (39) La posición expuesta apunta a una consideración del método jurídico como instrumento de superación de todo posible obstáculo a la certeza, siguiendo una línea de ideas adelantada ya por Savigny. La oscuridad de las normas, su falta de simplicidad, la existencia de lagunas en el ordenamiento, su inestabilidad y multiplicación excesiva de disposiciones, son vistas como una resistencia que los materiales jurídicos oponen al jurista, y que debe ser superada a través del análisis y la construcción. En Savigny, la exigencia de certeza es afirmada en función del principio de fijeza de las leyes: "La incertidumbre que generalmente tenemos sobre el móvil verdadero de la ley, los numerosos errores a que esta incertidumbre nos expone, harían completamente arbitraria la interpretación e inferirían un mortal ataque al principio saludable de la fijeza de las leyes" (40).

Las ideas de Savigny al respecto, expuestas en los párrafos del Sistema dedicados a la interpretación son solidarias con su visión dicotómica de las relaciones entre Estado y sociedad civil y, dentro del primero, con su aceptación de la teoría de la división de poderes en su versión más acabada. La certeza del derecho es una exigencia que el científico asume como principio inmanente a la propia materia con que trabaja. La ciencia jurídica adquiere una función certificadora por tratarse, en el fondo, de una ciencia que describe normas con el objeto de trasladar a los operadores jurídicos las valoraciones que aquéllas portan consigo como contenido originario.

En la tradición del positivismo, la consideración del principio de certeza es insegura y ambigua. Si bien es cierto que su afirmación es punto central, de la dogmática en la generalidad de sus expresiones, debe consignarse que la Teoría Pura apuntó en un primer momento a la denuncia del "carácter ilusorio" de la certeza, como un capítulo más de su origen al imperativismo. En la primera edición de la Reine Rechtslehre escribía Kelsen: "Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la doctrina tradicional existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de

los tribunales y la de los otros encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria, y la teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política" (41)

En fases ulteriores de su pensamiento, Kelsen matiza dicha opinión aunque sin abandonar sus posiciones originarias. En la segunda edición de la obra citada, se ve acentuada la consideración del valor político de la seguridad jurídica, aunque con una reiteración de la idea de la incompetencia de la ciencia para garantizarla como parte del cometido que les es propio. La teoría tradicional de la interpretación -reitera- mantiene la posibilidad de formular un sentido "correcto" de la interpretación científico-jurídica como una ficción para mantener el ideal de la seguridad jurídica. "Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas pueda tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo"... falsamente como una verdad científica" (42) Sin embargo, la defensa de

la idea Kelseniana de la interpretación como determinación del marco de soluciones posibles, se funda en la misma idea que cuestiona. La teoría -escribe Kelsen- puede tener un efecto práctico que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de la univocidad: "semejante interpretación científica puede mostrar a la autoridad que establece el derecho hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico-jurídicas de formular las normas de derecho en la forma más unívoca posible, o de formularlas de tal suerte que la inevitable multiplicidad de sentidos se restrinja a un mínimo, intentándose así el mayor grado posible de seguridad jurídica (Rechtssicherheit) (43).

La diferencia apuntada es simplemente de grado, y en ambas versiones queda clara la identificación entre, por un lado, derecho legal y certeza y, por otro, creación judicial y falta de certeza, punto en el que se evidencian los lazos profundos existentes entre la teoría pura y el iusliberismo.

El tratamiento dogmático del principio de certeza es múltiple y se manifiesta en planos muy diversos de la problemática jurídica. Ello obliga a reconocer acepciones distintas del concepto no siempre tenidas en cuenta. Así por ejemplo F. Alario propone la consideración de las siguientes manifestaciones de la certeza en el derecho:

- a) Certeza de la vigencia de la regla jurídica, que implica la observación de las normas válidamente positivizadas.
- b) Certeza de la duración de la regla relativa a las garantías contra la inestabilidad y la retroactividad de la norma.
- c) Certeza del significado de la norma que abre la consideración del campo de una semántica jurídica y la preocupación por la determinación de la univocidad.
- d) Certeza del comportamiento por el que el poder es ejercitado, que implica la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la acción.
- e) Certeza del comportamiento del ejercicio del deber, ámbito propio del principio de legalidad.
- f) Certeza del comportamiento ante el cumplimiento de una obligación (44)

Las acepciones a), b) y c) se refieren a la verificación del sentido de una norma en sentido amplio, tarea propia de la ciencia jurídica y, particularmente, de la interpretación. Los significados d), e) y f) se refieren en cambio a verificaciones

empíricas del comportamiento regulado, propias de disciplinas no normativas ocupadas del conocimiento predictivo de la conducta humana. Se esbozan así dos ámbitos de investigación específicamente diversos, susceptibles, a su vez, de enfoques metodológicos también diferentes.

En tal sentido, L. Lombardi Vallauri propone una clarificación del problema de la certeza en el derecho sobre la base de una superación del tratamiento globalizante hasta ahora generalizado en la doctrina. Para ello distingue grupos de acepciones contruidos sobre la base de algunos de los conceptos centrales a los que suele ser asimilada la idea de certeza.

Un primer grupo de significaciones gira en torno a la idea de certeza de las acciones y alude a la posibilidad del derecho de operar como factor de determinación de conductas predictibles. Esta acepción ha sido recogida por el tratamiento tradicional de la "seguridad" jurídica, considerada como nota esencial del propio concepto de derecho. La certeza seguridad se verifica en la medida en que el ordenamiento jurídico cumple eficazmente su función de factor de control social. La certeza-seguridad quedaría definida positivamente por la posibilidad de que los operadores jurídicos cuenten con márgenes importantes de capacidad de cálculo y previsión, sobre la base de tipologías claras y evidentes

de los comportamientos incriminables y de la capacidad de respuesta del ordenamiento ante las situaciones de hecho normativamente tipificadas. Desde el punto de vista negativo, esta acepción de la certeza quedaría definida en casos como la desobediencia generalizada y sistemática de las leyes, o en circunstancias en las que "los jueces son ignorantes, facciosos o corrompibles o los procesos demasiado largos o costosos; donde perduren formas de autorregulación, venganza privada arbitraria, o donde los órganos ejecutivos carecen de fuerza suficiente; o en los estados de guerra o emergencia" (45)

Un segundo grupo de acepciones gira en torno a la idea de inviolabilidad de situaciones jurídicamente protegidas. La idea de certeza-inviolabilidad es la que preside las elaboraciones de la teoría liberal del derecho y del Estado, y particularmente principios tales como la idea de Estado de Derecho, la teoría de la división de poderes, la doctrina de los derechos adquiridos, la teoría de la autolimitación del poder soberano o la afirmación del principio de legalidad y la prohibición de aplicación analógica de las disposiciones represivas. (46)

La idea de certeza-cognoscibilidad suministra un tercer campo de significaciones, que abarca las situaciones en las que el conocimiento suministra la posibilidad de predicción de situaciones jurídicas individuales a partir de una consideración de

la norma general. El déficit de certeza-cognoscibilidad quedaría de manifiesto en los casos de no suficiente jerarquización de instancias normativas o de antinomias irresolubles en cuestiones de validez o eficacia del derecho, en los que lo que está en tela de juicio es la propia existencia de la norma. Junto a esta idea de certeza-existencia cabría considerar la de certeza-contenido, relativa a situaciones en las que priman la oscuridad, ambigüedad o carácter contradictorio de las normas. Cabría inclusive considerar la posibilidad de una certeza suficiencia propia de las situaciones en las que la completud de la norma considerada excluye la posibilidad de un juego imprevisible del arbitro equitativo (47), problema tradicionalmente subsumido por la temática de la seguridad jurídica.

Aún dentro de la amplia perspectiva de análisis que deja la tipología propuesta por Lombardi, debe considerarse la posibilidad de un conjunto de aceptaciones propias de esa específica necesidad de certeza exigida por la dogmática como condición de la verdad científica. Esta acepción reconoce conexiones esenciales con las ideas de certeza-seguridad, certeza-inviolabilidad, certeza-existencia y certeza-contenido, y podría definirse bajo la fórmula certeza-evidencia empírica. En la medida en que la tarea del jurista se circunscriba su tarea a los datos del derecho positivo y a las elaboraciones previas de la dogmática -elemento positivo y elemento

lógico, según la ya expuesta clasificación de Ihering (48)- sus resultados se imponen con firmeza y capacidad de suscitar asentimiento y adhesión que permite considerarlos como "ciertos". A través de dicha imposición, se dan tanto la evolución de los enunciables posiblemente alternativos como la aceptación del enunciable propuesto (49). La certeza se presenta así como una cualidad propia de aquellas proposiciones capaces de imponerse "objetivamente" a otras proposiciones de carácter alternativo. El respeto de los requisitos semánticos, sintácticos, epistemológicos y metodológicos de la verdad científica, atribuye a los resultados obtenidos una desis certeza capaz de superar la posible falta de evidencia o adecuación al sentido de las verificaciones empíricas.

Desde esta perspectiva, la autoridad de las conclusiones de la ciencia se funda en su capacidad generadora de consenso. Ello no acontece en función del hecho de que las mismas proporcionen una versión indiscutible acerca de la contextura íntima de lo real, sino de la utilización de los diversos criterios e instrumentos metodológicos exigidos por la dogmática. No debe olvidarse que "el método" es, en realidad, una colección de elementos metodológicos variados (50), que en el campo de la ciencia jurídica abarca herramientas tales como la deducción, clasificación, abstracción, definición, comparación, verificación empírica o hasta un cierto

tipo de inducción. Resulta así difícil concebir la posibilidad de un resultado que sea considerado científico en virtud de una aplicación global del llamado "método científico". Parece más bien que, lo que legitima la validez científica de los resultados, es la presencia de elementos diversos del método científico, al otorgarles ese carácter persuasivo y altamente transmisible que los singulariza como evidentes y "ciertos".

La certeza aparece así como resultado de la confluencia de ciertos vectores definidos por los diversos aspectos del método científico utilizados. Debe tenerse en cuenta -con Bunge- que la investigación no es errática sino metódica. "No hay una sola manera de sugerir hipótesis sino muchas maneras: las hipótesis no se nos imponen por la fuerza de los hechos, sino que son inventadas para dar cuenta de los hechos" (51) Las pautas que orientan dicha invención dependen no tanto de la naturaleza propia del objeto considerado como de las actitudes y valores convenidos dentro de una comunidad científica determinada.

El juego de implicación mutua existente entre las nociones de paradigma y comunidad científica vuelve a proporcionar claves explicativas de importancia. Un paradigma, cabe reiterar, es aquello que los miembros de una comunidad científica, y sólo ellos, comparten. Y, a la inversa, es la posesión

de un paradigma común lo que constituye a un grupo de personas en una comunidad científica, grupo que de otro modo estaría formado por miembros inconexos (52). Dicha comunidad trabaja a partir de las condiciones creadas por la posibilidad de asegurar la no-negabilidad de los puntos de partida de la argumentación. Tal es la tarea propia de la dogmática jurídica, centrada -como indica Luhman- no tanto en la fijación de lo que es comunmente estable, sino en el hacer posible una distancia crítica respecto al objeto, en el organizar un conjunto de consideraciones, motivaciones, criterios de ponderación de relaciones, mediante los cuales el material jurídico puede ser controlado, más allá de su carácter inmediato de "datos" y ser así utilizable (53). La función de la dogmática no consta aunque sí depende de ciertas prohibiciones y limitaciones al alcance de la negación crítica que caracteriza actitud de la ciencia. Estas prohibiciones permiten aceptar la incertidumbre que se presenta inevitablemente toda vez que acontece la separación entre los datos normativos empíricamente constatables por un lado, y los datos existenciales propios de la situación por otro. La posibilidad de un control metódico de la incertidumbre en el nivel de los axiomas permite inclusive un acrecentamiento del tipo de incertidumbre propio del nivel de la decisión práctica. Las incertidumbres relevantes -apunta Luhman- son las correspondientes a la aplicación del derecho (54) y estas son posibles y aún convenientes en sistemas sociales

complejos, precisamente porque a través de la afirmación de la certeza apodíctica de los axiomas de base, la dogmática deja establecidos programas de decisión perfectamente controlables. La dogmática procura introducir determinaciones precisas en el ordenamiento, no a través de fijaciones unívocas en el sentido de las normas, sino del establecimiento de las condiciones de posibilidad de las decisiones. Como explica Luhman, "los sistemas sociales que se especializan en la elaboración de informaciones recibidas, tienen necesidad de un aparato de categorías cognitivas, de programas de decisión y de precauciones organizativas menos complejo que el aparato requerido por los sistemas que intenta transformar su ambiente conforme a una decisión determinada" (55).

Esta observación permite comprender las diferencias existentes entre por un lado dogmática jurídica en la que la labor de autonomización del método jurídico se funda en la necesidad de proponer elementos metodológicos aptos para el procesamiento de datos ya determinados desde el nivel normativo y, por otro lado, el método de la Exégesis, en el que el apego a la normativa codificada reconoce mayores vinculaciones con criterios supra-positivos de orden ideológico y político, afines con el proceso de transformación revolucionaria de la sociedad que tiene por proyecto al Code. La cunscripción radical del método a nivel de la descripción textual

se presenta en este último caso como una exigencia proveniente del contexto socio-político, como se puso de manifiesto en la ya referida discusión en torno a los arts. 4 y 5 del Código Civil francés (56).

La dogmática jurídica apunta a cumplir la función, indispensable para el sistema social, de instancia de reconocimiento de la juridicidad en términos de certeza-evidencia empírica. Cumple así con determinar, en el nivel del conocimiento científico, el sentido posible de las decisiones en la medida exigida por la certeza-seguridad que opera como exigencia específica y esencial en el nivel de las presuposiciones implícitas de la teoría.

4. El principio de objetividad

La afirmación de una exigencia esencial de objetividad cognoscitiva, entendida como prescindencia de todo interés por las cuestiones valorativas, configura la principal característica de la dogmática como actitud científica y enfoque específico del fenómeno jurídico. La imagen de una ciencia social libre de valores -ha observado A. Gouldner- es algo más que un límpido teorema intelectual exigido como sacrificio a la razón; es también la concepción de un papel y un conjunto de sentimientos más o menos compartidos concernientes a cómo deben vivir los científicos (57). En el caso de la dogmática, el principio vertebra la arquitectura del contrato originario en que se basa la comunidad científica, a la vez que define el sentido final de los teoremas fundamentales de la teoría disponible. Su importancia queda definida en la siguiente propuesta programática de Kelsen : "Una ciencia debe describir su objeto propio tal cual es efectivamente, y no debe prescribir cómo debería o no debería ser, sobre la base de algunos juicios de valor específicos. Esto último es un problema político y, como tal, corresponde al arte del gobierno, a una actividad que se ocupa de los valores y que no es objeto de la ciencia, que se ocupa de la realidad" (58).

El concepto de ciencia de la dogmática se centra en la idea de objetividad. La ciencia es, por -

definición "objetiva". El conocimiento sólo puede entenderse como científico en la medida de su objetividad y, a la inversa, sólo puede considerarse objetivo aquel conocimiento al que se llega en relación de estricta fidelidad con los cánones del método científico positivo. Definiendo el cometido esencial de la Teoría Pura, advierte su autor : "Intentar dar respuesta a qué sea el derecho y cómo sea; pero no, en cambio, a cómo deba ser o deba ser hecho el derecho" (59).

La distinción entre hechos y valores y la definición de la ciencia a partir de una actitud fundamentalmente descriptivista configura uno de los teoremas de base del paradigma dogmático. El objeto de la ciencia son las normas positivas de origen estatal y su tarea específica consiste, como se ha visto, en la construcción de conceptos y reglas de un sistema capaz de dar cuenta de la totalidad de la experiencia jurídica posible. El problema de la verdad queda reducido así al de la objetividad y validez autónoma de los contenidos de sentido de la realidad empírica. La ciencia debe abstenerse de considerar cuestiones valorativas y centrarse exclusivamente en la consideración de la validez formal de los procesos lógicos que llevan a las opiniones o decisiones subjetivas.

El supuesto filosófico central de la estrategia conceptual del positivismo científico es la distinción en términos de separación entre ser y deber ser y entre hechos y valores. Ello supone una consi-

deración del derecho como "hecho" verificable y, en el ámbito particular de la ciencia, la marginación de todo intento de comprensión del momento valorativo como propio de los enfoques de la ciencia. Este sería una función de situaciones socio-culturales determinadas, de deseos, expectativas o intereses particulares cuya comprensión escapa a la consideración objetiva de la ciencia.

El relativismo axiológico latente en el espíritu científico de la modernidad reconoce lazos profundos con la tradición varias veces secular del idealismo. Para Gouldner, la doctrina debe ser considerada como una prolongación moderna del conflicto medieval entre la fe y la razón. Deriva de, y reposa todavía, en la tendencia prevaleciente desde el siglo XIII a elevar tabiques entre ambas, como manera de mantenerlas en paz. "Con el desarrollo de la ciencia moderna -escribe- continuaron los esfuerzos por adecuarle a la religión, esfuerzos que a menudo adoptaron la forma de una doctrina de tipo separatista, en la que se asigna una función diferente a cada uno de estos ámbitos y se lo obliga a reconocer la superioridad del otro en su esfera propia. La doctrina de Weber de una sociología exenta de valores, al crear un abismo entre la ciencia y los valores, sigue dentro de esa tradición; se la puede considerar como una versión -protestante del esfuerzo tomista por armonizar sus relaciones" (60). Se da -a juicio de Gouldner- un dualismo entre, por una parte, la racionalidad encar

nada en la burocracia y en la ciencia y, por otra, los impulsos y fuerzas emocionales elementales que hacen al universo valorativo.

Aún teniendo en cuenta la tradición filosófica determinante de la noción de objetividad como prescindencia valorativa debe observarse que, con el advenimiento del positivismo, se forja una suerte de unidad íntima entre método científico y relativismo ético. Ambos conforman, en expresión de Brecht, dos caras de una misma actitud científica. El relativismo axiológico científico -esto es, el que se desprende como una necesidad casi lógica del concepto moderno de "método científico" - es "su reverso y cara sombría -- (Schattenseite)" (61). Para el realativismo axiológico científico, toda apelación a los fines últimos de la existencia humana y a aquellas concepciones generales acerca del mundo y de la vida en que se fundan los juicios de valor deben ser excluidas del ámbito de la ciencia, como consecuencia natural de la separación lógica entre las esferas del ser y el deber ser.

Como anota A. Brecht, el hecho de que este relativismo axiológico científico no exhibiera desde un principio consecuencias notables en el plano de las aplicaciones políticas o jurídicas tiene mucho - que ver con la coincidencia histórica de que hacia fines del siglo XIX reinaba en la cultura occidental una concordancia práctica acerca de valores fundamentales, que se extendía a una serie de principios socio-polí

ticos estimados como indiscutibles -el respeto a la dignidad humana, la afirmación de la libertad y el pluralismo ideológico, la visión del Estado como un mecanismo de salvaguarda del libre juego de la vida social, etc-. "¿Qué importaba entonces que la ciencia no se considera competente para reforzar esos principios fundamentales, si estos eran naturalmente aceptados?" (62).

En el ámbito del pensamiento jurídico, los primeros exponentes del relativismo que luego se extenderá a prácticamente todas las expresiones científicas del ambiente positivista son juristas de inclinaciones democráticas, liberales o sociales que viven -como recuerda el mismo Brecht- en un país regido por una monarquía semi autoritaria. Es esta escisión entre inclinaciones personales y clima político predominante la que sirve de marco general a una defensa celosa de la autonomía del nivel científico contra toda contaminación de carácter ideológica o política. Los parlamentos eran expresión de la relatividad esencial de toda idea de justicia y, al mismo tiempo, de la posibilidad de concretar conclusiones parciales y concretas a través de la negociación y el consenso, dejando a salvo convicciones y sentimientos subjetivos. Todo ello permite entender la configuración del siglo XIX alemán como una época eminentemente "jurídica", expresada en el intento de los juristas de afirmar a la cultura científica como instrumento de unificación ideológica y política, capaz de a-

segurar el tránsito hacia la modernización de un modo gradual y armónico, evitando la explosión traumática de energías revolucionarias inducidas en Europa por el Code y las ideas iluministas. Resulta explicable, asimismo, la intervención decisiva que cabrá a la ciencia jurídica como teoría del Estado, anunciada explícitamente ya en los escritos programáticos de la Escuela Histórica, y consumada acabadamente a través de la línea evolutiva de la dogmática iuspublicista, desde Gerber hasta Kelsen (63).

El mantenimiento de un modelo de ciencia formalmente desentendido de cuestiones valorativas pudo así retardar en décadas sus consecuencias lógicas en el plano de la práctica, gracias al mantenimiento de un vasto consenso de la comunidad científica respecto a los valores fundamentales y a la presencia operante de una concepción de la vida social genéricamente coincidente. Quedaba abierto sin embargo un vacío científico, ahondado por la abdicación de la ciencia de su papel tradicionalmente prescriptivo y por la presencia, desde entonces creciente, de una visión decisionista del derecho. La propia primacía del criterio unívoco de racionalidad impuesto por la dogmática condicionará una idea de los resultados científicos como saber "objetivo", verificable e intersubjetivamente transmisible, que desestima por principio cualquier otra forma alternativa de racionalidad.

El relativismo axiológico científico se ve así lógicamente condicionado por la propia estructura

y funciones del método. La cuestión de si algo es "valioso" no puede contestarse sino aludiendo ya sea a un fin u objetivo respecto del cual el "algo" en cuestión sea útil -y en este sentido, "valioso"-, o ya sea acudiendo a sentimientos, ideas o vigencias subjetivas de una persona o grupo determinado. En ambos casos, la posibilidad de una consideración "objetiva" del valor queda excluída.

En la discusión -sin duda central para un análisis del paradigma dogmático-, acerca de la idea de "objetividad" como condición de la verdad científica resulta obligada la referencia al tratamiento otorgado a la cuestión por Max Weber. Entre 1903 y 1918, sus ensayos metodológicos esbozan lineamientos que, en lo fundamental, presidirán los desarrollos de la teoría social hasta nuestros días.

Para Weber, la ciencia del renacimiento, con su doble exigencia de especialidad y rigor experimental, ha hecho naufragar difinitivamente las ilusiones que veían en la ciencia el camino hacia el "verdadero ser", hacia el "arte verdadero", hacia la "felicidad verdadera". Haciéndose eco de una frase de Tolstoy, escribe : "La ciencia carece de sentido, puesto que no tiene respuesta para las únicas cuestiones que importan, las de qué debemos hacer y cómo debemos vivir". (64).

La ciencia del derecho no puede menos que quedar involucrada en esta situación. La misma -explica

Weber- se limita a constatar lo que es válido según las reglas del pensamiento jurídico. Su función consiste en determinar cuándo son válidas determinadas normas jurídicas y determinados métodos para su interpretación. No responde, en cambio, a la cuestión de si debe existir el derecho, o si deben establecerse precisamente esas normas y no otras; sólo puede indicar que si quiere obtenerse tal fin, el medio apropiado para alcanzarlo, de acuerdo con las reglas de nuestro pensamiento jurídico, es tal o cual norma. Frente a los fenómenos artísticos, literarios o sociales, - las ciencias de la cultura no tienen respuesta para la cuestión de si tales fenómenos debieron o deben - existir, o "si vale la pena molestarse en conocerlos" (65). En rigor, lo único que se debe exigir a la ciencia es que tenga la probidad intelectual para comprender que existen dos tipos de problemas absolutamente heterogéneos: de una parte, la constatación de los hechos, la determinación de contenidos lógicos o matemáticos de la estructura interna de los fenómenos culturales; de otra, la respuesta al problema por el valor de la cultura y sus contenidos concretos y, dentro de ella, de cuál debe ser el comportamiento del hombre en la comunidad cultural y en las asociaciones políticas (66).

Esta solución al problema de las relaciones entre teoría y valoraciones reconoce condicionamientos profundos de orden filosófico y cultural. Basta pensar, por ejemplo en la relación estrecha que a partir

de Weber es posible detectar entre el proceso general de secularización de las estructuras culturales e - institucionales como el que sirve de base al consti tucionalismo y la codificación. Acierta Hennis al ob servar que el principio de la ciencia fue el de hacer abstracción de hechos considerados extracientíficos como los que daban base a lo que podría denominarse "imagen unitaria del mundo". "El pensamiento cientí fico pareció para el pensamiento moderno un pensamiento calificado por el hecho de que destruye la situa ción originaria del hombre frente a los datos dados del mundo que lo circunda y lo reemplaza por una situa ción fundamentalmente diferente y "científica" (67). La prohibición al investigador de tomar en cuenta las medidas y criterios de valoración vigentes en el con texto social, se funda en una idea de "objetividad" que se desarrollo de modo paralelo a la disolución del concepto de verdad mantenido por la tradición de la filosofía práctica hasta el momento de consolida ción del paradigma dogmático.

Centrando el análisis en la idea weberiana de la objetividad de la ciencia, debe recordarse algo frentecuentemente olvidado por los científicos socia les. Su visión del problema en ningún momento se cen tra sobre la necesidad por parte de la ciencia de una abstención total de valoraciones. Su esfuerzo tiende básicamente a determinar las condiciones de posibilidad de un tratamiento racional de los juicios de valor. En su ensayo más importante sobre el tema, y luego de afirmar que jamás puede ser tarea de una ciencia em-

pírica proporcionar normas e ideales obligatorios, de los cuales puedan derivarse preceptos para la práctica, Weber afirma : "¿Qué se desprende de esa afirmación?: En modo alguno que los juicios de valor hayan de estar sustraídos en general a la discusión científica por el hecho de que derivan, en última instancia de determinados ideales y, por ello, tienen origen "subjetivo"...Antes bien, la cuestión es la siguiente : ¿Qué significa y qué se propone la crítica científica de los ideales y juicios de valor?"(68). Entre otras cosas, la ciencia proporciona ideas claras acerca de puntos tan importantes como la conciencia de que toda acción implica una toma de posición; el conocimiento del significado de aquello a que se aspira y los ideales que se encuentran en la base de tales valoraciones; permite revivir y comprender los fines queridos y, en definitiva, juzgarlos críticamente en su coherencia o contradicción interna (69). Lo que va será materia de fe o de especulación acerca del sentido general del mundo y de la vida será el juicio acerca de la validez de tales valores. En Weber, la negativa a incorporar a la consideración de la ciencia las cuestiones axiológicas obedece a su convicción acerca de la naturaleza subjetiva de los valores. De lo que se trata es de asegurar a la ciencia el status de saber transmisible inter-subjetivamente, capaz de solventar cualquier debate acerca de la consistencia objetiva de los datos con que trabaja.

El relativismo axiológico mantenido por la dogmática jurídica obedece en cambio , a una noción ra-

dicalmente diferente del problema. Los valores son excluidos del ámbito de la ciencia no por ser subjetivos, sino por ser irracionales. Que sea "lo justo" es algo que depende de nuestras convicciones religiosas, nuestros deseos, intereses o prejuicios ideológicos, siempre contingentes y arbitrarios. En tal sentido, su relativismo no es parcial -en cuanto reducido al ámbito de lo científico, sino absoluto -en cuanto extendido a una posición filosófica general.

La distinción dogmática entre interpretación y aplicación del derecho es consecuente con estos presupuestos. La interpretación es tarea de la razón, que analiza ciertos materiales empíricamente verificables y, por tanto, objetivos. Su objeto es la "determinación de la norma en su verdad" (Savigny). La aplicación, en cambio, es tarea de la voluntad, donde el arbitrio individual no cuenta con más elementos racionales que el cuadro de alternativas generales propuestas por la tarea interpretativa previa. Los contenidos de la decisión aplicativa sólo, pueden extraerse del ámbito de los impulsos subjetivos. A la escisión de la razón, a la ruptura entre teoría y praxis acompaña, como reflejo, una fractura en el proceso de realización del derecho. A la noción reductivista de los que debe entenderse por "objetividad".

Existen, pues, diferencias acusadas entre el relativismo ético profesado por Weber y la tradición de la sociología por un lado y, por otro, por las

elaboraciones de la dogmática jurídica. Como indica Brecht, aún cuando el nombre de Weber suele utilizarse como "marca de fábrica" de la ciencia libre de valores, es importante precisar que el acento de sus ensayos metodológicos no cargaba sobre la plena abstención de juicios de valor, sino sobre la cuestión de los medios con los cuales la ciencia puede tratar los juicios de valor. "Por mucho que Max Weber subrayara los límites de la ciencia, él mismo no dejó de creer en valores últimos. Tampoco subestimaba Weber la importancia de una tal fe para la personalidad y la dignidad humana. Escribe en efecto que considera como algo 'objetivamente' valioso precisamente esos íntimos elementos de la personalidad que determinan nuestra acción y dan significación a nuestra vida" (70)

Esta idea queda reforzada notablemente en un ensayo de 1917 en el que Weber reconoce la pertinencia de un enfoque científico en cuestiones tales como la elaboración de los axiomas de valor que asumen el carácter de últimos, la deducción de las "consecuencias" posibles de determinadas adopciones de axiomas de valor, la determinación de las consecuencias de hecho que se seguirán del cumplimiento en términos prácticos de una cierta toma de posición valorativa. "Los problemas de las disciplinas empíricas -aclara- han de resolverse de manera 'neutral frente a los valores'. No son 'problemas de valor'. No obstante, en el ámbito de nuestras disciplinas, sufren la influencia de

las realidades 'con' los valores"... dentro de la investigación empírica, este estado de cosas lógico en ningún caso legitima 'valoraciones prácticas'. Pero demuestra, en consonancia con la experiencia histórica, que son los intereses culturales y, por lo tanto, los intereses de valor los que indican la dirección también a la labor de las ciencias puramente empíricas" (71).

Hay en Weber una postura en la que la objetividad científica puede tener como consecuencia un relativismo axiológico, pero éste en ningún caso desemboca en el escepticismo ético de la dogmática. Debe tenerse en cuenta la observación de Gouldner en el sentido de que Weber no sólo juzgaba permisible la expresión cautelosa de juicios de valor, sino que hasta los consideraba categóricamente obligatorios en circunstancias determinadas. Quedando condenada la militancia valorativa en los ámbitos académicos, se referiría específicamente a los valores políticos, y su defensa de la doctrina de la neutralidad valorativa debe ser considerada como un esfuerzo no tanto para eliminar las valoraciones morales de la universidad, como por despolitizarla y alejarla de la lucha política. Se diría, inclusive, que la doctrina no solamente no desemboca en el escepticismo moral, sino que tiene por objetivo es de permitir a los hombres la formulación de mejores juicios de valor, al permitir neutralizar la incidencia negativa de la politización (72).

Las diferencias respecto al tratamiento de la cuestión en la Teoría Pura son evidentes. Como indica Brecht, Kelsen entra en la escena jurídica desde un primer momento no sólo como positivista sino, además, como relativista en lo transpositivo (73) En la etapa fundacional de la dogmática, el "objetivismo" como exigencia derivada lógicamente del método científico no supone necesariamente un relativismo ético, tal como resulta evidente en figuras como Savigny, Ihering, Gerber o Austin. El positivismo científico de la Reine Rechtslehre se apoya en cambio en un relativismo ético integral. En 1933, Kelsen escribe: "La cuestión decisiva en si se cree en un valor y, consiguientemente, en una verdad y una realidad absoluta, o si se piensa que al conocimiento humano no son accesibles más que valores, verdades y realidades relativas. La creencia en lo absoluto, tan hondamente arraigada en el corazón humano, es el supuesto de la concepción metafísica del mundo. Pero si el entendimiento niega este supuesto, si se piensa que el valor y la realidad son cosas relativas y que, por tanto, han de hallarse en todo momento dispuestas a retirarse y dejar el puesto a otras igualmente legítimas, la conclusión lógica es el criticismo, el positivismo y el empirismo..." (74)

La posición expuesta queda reseñada en el último Kelsen con caracteres igualmente netos: "Frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y distin

tos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a todos los sistemas morales"... "si no se presupone ningún valor moral absoluto dado a priori, es decir si no se presupone ningún valor moral absoluto, no se tiene posibilidad de determinar lo que en todas las circunstancias deba ser considerado malo o bueno, justo o injusto"... "Lo común a todos los sistemas morales posibles en su forma: el carácter normativo, lo debido. Es moralmente bueno lo que corresponde a una norma social que estatuye determinada conducta humana; moralmente malo, lo que contradice una norma tal. El valor moral relativo es constituido por la norma social que instaure como debida una determinada conducta humana. Norma y valor son conceptos correlativos" (75).

Consecuentemente, la ciencia del derecho se constituye como una descripción del ordenamiento normativo, tarea que se consuma sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación emotiva. La Teoría Pura se orienta hacia un objetivo de exactitud y objetividad, en cuanto "en su exposición del derecho positivo mantiene a éste libre de toda mezcla con un derecho "ideal" o "justo". "En este sentido -continúa Kelsen- es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como cien

cia, no se considera obligada sino a pensar conceptualmente el derecho según su propia esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura" (76) La "objetividad" de la ciencia es así concebida en términos de neutralidad valorativa y descriptivismo estricto como condiciones para la validez científica de la argumentación.

Por terminantes que parezcan las expresiones transcriptas, la noción de "objetividad" utilizada por la dogmática se presenta aún como imprecisa y problemática. En principio, parecería que la nota de "objetividad" remite a una validez intersubjetiva universal (77) y transmisible (78). Sin embargo, independientemente de la cuestión de la naturaleza de los valores y del problema de su validez, parece suficientemente acreditado que también en los juicios de valor operan los criterios reguladores de racionalidad, justificación y validación lógica o empírica. La propia adscripción de las valoraciones a un cuerpo de creencias subjetivas no tiene porqué ser ajena a instancias racionales que la tornen intersubjetivamente cognoscible y discutible.

Lo mismo ocurre con cuestiones tales como la verificación de valoraciones socialmente predominantes en una cultura determinada, con la evidencia de ciertos procesos valorativos, con la identificación del papel de ciertas valoraciones

en la base de actitudes personales, con la determinación de las valoraciones que inspiran de modo inmediato o mediato conductas concretas o, en última instancia, con la posibilidad de precisar los criterios de jerarquía axiológica tenidos en cuenta por individuos o grupos sociales. En todos estos ámbitos, la ciencia puede, y de hecho efectúa, investigaciones relevantes, estableciendo afirmaciones útiles para la decisión en un caso determinado, sin que por ello quepa afirmar el carácter irracional o metódicamente incontrolable de aquellas. Parece más bien que, como indica Strasser, la exigencia de objetividad no viene dada, sino que es reconocida y aceptada como cualidad propia de aquellos resultados que provienen de ese modo persuasivo de conocimiento racional que se denomina "ciencia" (79).

En el paralelismo científico de la dogmática, la idea de racionalidad "objetiva" queda connotada por una referencia a la significación prevaleciente en la física post cartesiana que asimila lo "objetivo" a todo lo que se refiere al objeto de la investigación. Se da, sin embargo, una tendencia definida hacia la superación de dicha perspectiva, en una línea que es común al intento kantiano de afirmar la "objetividad" como cualidad del conocimiento que lo define como lo opuesto a "subjetivo" (80). La dogmática elabora un discurso cuya objetividad reside en la consistencia transsub

jetiva de los datos positivos a que se refiere. Sus conclusiones no valen únicamente para uno o to dos los sujetos individuales posibles, sino para todos aquellos sujetos que, por su acceso a la po sitividad de las normas, puedan verificar el sentido de las proposiciones. El intento positivista de caracterizar el derecho mediante signos exteriores susceptibles de observación empírica, que lleva históricamente el voluntarismo estatista, responde precisamente a la necesidad de afirmar una noción de objetividad generalizada a partir del paradigma de la ciencia empírico-lógica. La referencia de la construcción a los materiales normativo-positivos, permite conciliar necesidades diversas aunque complementarias de previsibilidad de las decisiones, a la vez que contar con directivas ciertas para el obrar y de establecer una justificación objetiva y coherente con las premisas del ordenamiento jurídico. "Las decisiones de justicia -escribe al respecto H. Batiffol- deben en la medida de lo po sible ser aceptadas; no solamente por tranquilidad de espíritu para quienes las toman, sino sobre todo por el interés bien entendido de aquéllos a quienes se aplican y de los terceros, que encontrarán en ellas directivas de acción o abstención" (81) Dicha aceptabilidad procura fundarse en criterios de relevancia empírica indiscutibles como los que proporciona el recurso al ordenamiento positivo.

La idea de "objetividad" remite en conse-

cuencia a la noción de lo que la dogmática entiende por "racionalidad" de la ciencia en sentido amplio. A este respecto M. Bunge explica que por "conocimiento racional, suele entenderse en primer lugar, un saber constituido por conceptos, juicios y razonamientos, y no por sensaciones, imágenes, pautas, etc; en segundo lugar, la posibilidad de combinación de dichas ideas mediante algunas reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas (inferencia deductiva) y su posterior inserción en conjuntos de proposiciones (teorías, sistema). Es estricta vinculación con estas ideas, un "conocimiento objetivo" sería el que concuerda aproximadamente con su objeto -la verdad fáctica, a la vez que constata la adaptación de las ideas a los hechos mediante la observación y el experimento, modos controlables y hasta cierto punto reproducibles de verificación (82).

Trasladando estas ideas a la consideración de los problemas del método de la ciencia jurídica frente a la cuestión de los valores, no se advierten razones de peso que impongan como inevitable la solución reductivista del positivismo jurídico. La propia ciencia empírica es un sistema abierto. Carece de axiomas evidentes y hasta sus postulados más generales y seguros se encuentran a sometidos a correcciones y reemplazos constantes (83). Esto es así precisamente porque la ciencia es falible y capaz de progresar. Sus avances son siempre ten

tativos, puesto que sus resultados, no por racionales y objetivos dejan de ser siempre esencialmente probables: "La inferencia científica es una red de inferencias deductivas (demostrativas) y probables (inconcluyentes)" (84). El método científico -escribe Bunge es, en realidad, un arte de formular preguntas y probar respuestas; es cualquier cosa menos un conjunto de recetas, "la moraleja es inmediata: desconfiése de toda descripción de la vía de la ciencia -y en primer lugar de la presente- pero no se descuide ninguna" (85).

La observación de Bunge impone reconsiderar nociones cuya aceptación generalizada depende tan sólo del cierre prematuro e injustificado del debate acerca de las vinculaciones entre objetividad y racionalidad científica. A tal efecto, puede partirse de la constatación de que la ciencia constituye el esfuerzo más coherente y eficaz puesto en práctica para la búsqueda de la objetividad (86). Se trata, sin embargo, de una objetividad que separa objeto y realidad empírica, a partir de una consideración de la norma -objeto de la tarea dogmática- como instrumento de conceptualización y acotamiento de la dimensión científicamente relevante de la realidad. La expresión general, sistemática y positiva de las normas del ordenamiento consumada por la codificación ofrece un acceso fácil de una pluralidad indefinida de sujetos a una invariancia de determinaciones objetivas, cumpliendo así con las

condiciones necesarias para la articulación de una idea de "objetividad" afín con la utilizada en las ciencias positivas.

En este sentido, la ciencia entiende caracterizar y agotar el horizonte de la objetividad. "El juicio de la ciencia sobre muchas cuestiones -escribe Agazzi- puede ser rectificado, modificado o invertido -lo cual equivale a suponer que aquellos que se suponía objetivo no lo era pero incluso con ello no se sale del ámbito de la ciencia ni del de la objetividad. De hecho, debe constar objetivamente que había habido una equivocación y que la corrección del juicio correspondiente sólo puede ocurrir, a su vez, en el interior de la ciencia (87) Lo objetivo es, sin embargo, un aspecto metódicamente controlado de lo real, en cuya determinación inciden enfoques, modos de argumentación, estilos culturales y, en última instancia, actitudes fundamentales de la comunidad científica ante la realidad en sí.

De allí la incidencia del relativismo ético que sirve de base a las elaboraciones de la dogmática sobre la propia estructura del método científico. La "subjetividad" de los valores en que parece fundarse el rechazo a su relevancia científica, poco tiene que ver -como se ha visto- con la tradición weberiana. Se refiere, más bien, a la idea de que las valoraciones son simples modos reflejos de estados de voluntad, condicionados por sentimien-

tos o impulsos irracionales. Si ello es así, la imposibilidad de control metódico determina a su vez la negativa ante cualquier intento de articular conclusiones que pretendan contar con las características de transmisibilidad intersubjetiva que tipifican a la ciencia como modo persuasivo de conocimiento racional. Aún así, parece excesivo extender el alcance de la idea de neutralidad valorativa hasta la negación de la "objetividad" del discurso valorativo. Ello es sin embargo explicable en la perspectiva de la dogmática, debido a la presencia de una idea de objetividad que es, en el fondo, previa a toda racionalidad, puesto que es conseguida como una característica esencial e inmanente al derecho. Las normas positivas son, de algún modo, espíritu objetivado, dotado de una racionalidad propia y autosuficiente que el científico descubre y refleja a través de las elaboraciones conceptuales. La ciencia es persuasiva en cuanto que, circunscripta estrictamente al derecho positivo, es previamente "objetiva". Desde esta noción unívoca de irracionalidad y objetividad, la recusación de la confiabilidad racional del discurso valorativo se traslada desde un relativismo axiológico de raíz científica hasta el extremo de un irracionalismo radical de raíz emotivista ante los problemas de la decisión. Para ello será menester que las premisas epistemológicas del paradigma científico de la dogmática jurídica afronten los problemas propios de ese ámbito tradicionalmente reservado a la razón práctica que es la teoría de la interpretación.

NOTAS

(1) KUHN Th: La función del dogma en la investigación científica, cit. p. 5.

(2) KUHN, Th: Postdata 1969 a la Estructura de las revoluciones científicas, cit. p. 271.

(3) Op. Cit. p. 280.

(4) Como ejemplo de investigación al respecto, cfr. ARNAUD, A-J: Les juristes face a la société, cit. Asimismo, WARAT, L.A. y CARDOSO DA CUNHA, R.M. Ensinho e saber jurídico. Rio de Janeiro. 1977. pp. 53-67.

(5) Cfr. sobre el punto, AARNIO, A: On the role played by social values in jurisprudence, en "Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland" (JFT), 1975/1 y On the ideological nature of legal reasoning, en Vernunft Erkenntnis-Sittlichkeit (ed. P. Schroder), Hamburgo, 1979, p. 304.

(6) KUHN, Th. S: La función del dogma en la investigación científica, cit, p. 25.

(7) Para un análisis de las relaciones entre contexto de descubrimiento, contexto de justificación y contexto de persuasión es de interés el breve trabajo de DE WILD, A.H: Some remarks on argumentation and legal reasoning, en VVAA: Argumentation in legal science, cit. Las observaciones del Prof. De Wild a nuestro System and function in legal dogmatics, en ocasión del simposio internacional de Helsinki se centraron en lo que él juzga una transposición excesiva del debate Kuhn-Lakatos al ámbito de la ciencia jurídica, que deja de lado el hecho de que dichos modelos han sido formulados para el análisis de teorías empíricas, en tanto que la dogmática jurídica tiene por objeto la descripción y evaluación de las decisiones judiciales. En sentido similar se pronunció en el citado simposio KLAMI, H.T.: General norms and legal reasoning, al afirmar que las técnicas jurídicas se orientan hacia la consecución de buenas decisiones, en tanto que la ciencia natural se orienta a la verdad. Ambas posturas requerirían un análisis crítico en profundidad, pero por el momento cabe apuntar que la concepción de la dogmá-

tica jurídica subyacente a ambas es radicalmente distinta a la que se viene utilizando a lo largo de este trabajo, que no es otra que la históricamente disponible, a partir de Savigny y Ihering. A las ya expuestas sugerencias de A. de Wild y H.T. Klami que se ha hecho referencia, debe sumarse nuestro Sobre la función política del jurista-intérprete, cit. y la propia Postdata introducida en 1969 por Kuhn a su obra fundamental -particularmente, pp. 282, 285, 312, 315 y 317 de la ed. esp. cit.-.

(8) Cfr. al respecto su valioso ensayo La distinción entre ciencia normal y ciencia revolucionaria ¿resiste un examen?, en VVAA: La crítica y el desarrollo del conocimiento (Ed. I. Lakatos y A. Musgrave). Barcelona 1975, pp. 133 y ss. Asimismo, su Foresight and Understanding N-York, 1963, cap. 6. dedicado a la evolución de la teoría científica.

(9) STRASSER, C: La razón científica en política y en sociología, cit. p. 27.

(10) Al respecto, STRASSER C: Op. Cit. p. 113.

(11) BUNGE, M: Teoría y realidad. Trad. J. Sempere. Barcelona, 1975, p. 129.

(12) COHEN, M y NAGEL E: Op. Cit., II, p. 200.

(13) STRASSER, C: Op. Cit. p. 16.

(14) SAVIGNY, Metodología jurídica, p. 1.

(15) STRASSER, C: Op. Cit. p. 81.

(16) Para lo que sigue, básicamente BUNGE, M: Teoría y realidad, cit, pp. 146-164.

(17) De la Vocación, cit. p. 86.

(18) Esprit, III, pp. 24, 27, 37, 41 y 71

(19) Sistema, I, pp. 17, 53-54, 88, 215 y 216.

(20) Sistema, I, p. 67 y Metodología Jurídica, cit. p. 9.

- (21) Sistema, I, p. 88.
- (22) Esprit, III, espec. pp. 67, 74 y ss.
- (23) Metodologia Juridica, cit. p. 39.
- (24) Sistema, I, pp. 192, 194, 197, entre otros textos.
- (25) Expresión de VERNENGO, R.J. La naturaleza del conocimiento jurídico. Buenos Aires, 1973, p. 138.
- (26) Esprit. III. p. 63.
- (27) Reine Rechtslehre cit. p. 72. Definición propuesta por KELSEN procurando contraponerse tanto a la teoría egológica como al pensamiento marxista. Cfr. nota 2.
- (28) Esprit. III p. 66.
- (29) BUNGE, M: La ciencia, su método y su filosofía. Buenos Aires, 1978, p. 42.
- (30) BUNGE, M: Op. Cit. p. 14.
- (31) BUNGE, M: Teoría y realidad, cit. p. 158
- (32) Esprit, III, p. 71
- (33) Esprit, III, p. 75
- (34) STRASSER, C: Op. Cit. p. 53.
- (35) En general, es de interés, BOBBIO, N: La certezza del diritto é un mito? en RIFD, XXXVI (1951) pp. 146-152.
- (36) Reproducido por HALEVY, F: La jeunesse de Bentham. Paris, 1901, pp. 289-290, cit. por GUSDORF, G: Op. Cit. p. 205.
- (37) CORSALE, M: Certezza del diritto e crisi di legittimità. Milán, 1979, p. V.
- (38) LOPEZ DE OÑATE, F: La certezza del diritto. Milán, 1968. pp. 157 y ss.

- (39) LOPEZ DE OÑATE, F: Op. Cit. p. 161
- (40) Sistema, I, p. 251
- (41) Teoría pura del derecho, cit. p. 171.
- (42) Reine Rechtslehre, cit. 353.
- (43) Reine Rechtslehre, cit. p. 354.
- (44) ALLORIO, E: Comunicación al Congreso sobre el tema La certezza del diritto dell'economia, 1956, pp. 1198 y ss. cit. por CORSALE, M: Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950, publicado como Epílogo a LOPEZ DE OÑATE, Op. Cit. 301.
- (45) LOMBARDI VALLAURI, L: Saggio sul diritto giurisprudenziale. Milán, 1975, p. 570.
- (46) LOMBARDI VALLAURI, L: Op. Cit. p. 571.
- (47) Op. Cit. p. 580.
- (48) Esprit, III, p. 71.
- (49) Así, por ej. ALEJANDRO, J.Mª: Gnoseología. Madrid, 1974, p. 209.
- (50) STRASSER, C: Op. Cit. p. 67.
- (51) BUNGE, M: La ciencia, su método y su filosofía, cit. p. 48.
- (52) KUHN, TH.S. Segundos pensamientos sobre paradigma Madrid, 1978. p. 13.
- (53) LUHMAN, N: Sistema giurídico e dogmatica giuridica, Bolonia, 1978, p. 45.
- (54) LUHMAN, N: Op. Cit. p. 47.
- (55) LUHMAN, N: Op. Cit. p. 65.
- (56) CATANEO, M: Illuminismo e Legislazioni, Cit. pp. 151-152.

(57) GOULDNER, A: La sociología actual: renovación y crítica; cit. p. 16.

(58) Cit. por BOBBIO, N: HANS Kelsen, en RIFD, Fasc. III. (1973). p. 432.

(59) Reine Rechtslehre, cit. p.1.

(60) GOULDNER, A: La sociología actual, cit. p. 31.

(61) BRECHT, A: Politische Theorie, cit. p. 140.

(62) BRECHT, A: Op. Cit. pp. 5 y 6.

(63) Para un análisis más amplio, cfr. el importante, FIO-RAVANTI, M: Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco, Milán, 1979, espec. pp. 4-14. Asimismo, WILHELM, W Op. Cit. pp. 108-109.

(64) WEBER, M: La ciencia como vocación, en El político y el científico. Madrid, 1975, p. 207.

(65) WEBER, M: Op. Cit. p. 210.

(66) WEBER, M: Op. Cit. p. 213.

(67) HENNIS, W: Politik und praktische philosophie, cit. pp. 55-56.

(68) La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y la política social, cit. pp. 41-42.

(69) WEBER, M: Op. Cit. p. 43.

(70) BRECHT, A: Op. Cit. p. 273

(71) WEBER, M: El sentido de la "neutralidad valorativa" en las ciencias sociológicas y económicas, en Ensayos sobre metodología sociológica, cit. pp. 241-242.

(72) GOULDNER, A: Op. Cit. p. 20. Desde el punto de vista sociológico, también GARCIA FERRANDO, M: Sobre el método. Problemas de investigación empírica en sociología. Madrid, 1979, pp. 68-71; BELTRAN, M: Ciencia y sociología. Madrid, 1979, pp. 43-48.

- (73) BRECHT, A: Op. Cit. p. 285.
- (74) Kelsen, H: Forma de Estado y filosofía, en Esencia y valor de la democracia. Trad. R. Luengo y L. Legaz. Barcelona, 1934, p. 152.
- (75) Reine Rechtslehre, cit. p. 67.
- (76) Reine Rechtslehre, cit. p. 112.
- (77) STRASSER, C: Op. Cit. p. 209
- (78) BRECHT, A: Op. Cit. pp. 135 y 362.
- (79) STRASSER, C: Op. Cit. p. 45.
- (80) Sobre esto y para las teorías físicas, cfr. AGAZZI, E: Op. Cit. p. 406.
- (81) BATISSOL, H: Problèmes de base, cit. p. 133.
- (82) BUNGE, M: La ciencia, su método y su filosofía, cit. pp. 15 y 16.
- (83) BUNGE, M: Op. Cit. p. 33.
- (84) BUNGE, M: Op. Cit. p. 14.
- (85) BUNGE, M: Op. Cit. p. 61.
- (86) Para el alcance de esta idea cfr. AGAZZI, E: Op. Cit. pp. 409 y ss.
- (87) AGAZZI, E: Op. Cit. p. 243.

CAPITULO VI

TEORIA JURIDICA Y DECISION1. Teoría, praxis y decisión

Las ideas de Weber en torno a la neutralidad valorativa de las ciencias sociales son expresión acabada de la situación del pensamiento europeo en las dos primeras décadas del presente siglo. Como escribe G. - Volpe, si se adoptara, por necesidad de síntesis la formula de Goethe del "Espíritu de los tiempos", o más - exactamente, del espíritu de los hombres en los cuales los tiempos se reflejan, habría que decir que el espí-ritu europeo, que desde el fin de siglo se desplaza hacía la primera guerra mundial y el advenimiento del nazismo en Alemania, fue dominado entonces por el redescubrimiento del problema de las motivaciones irracionales de la conducta humana (2). En todas las expresiones del arte y el pensamiento, es evidente la convicción de que, por debajo de los productos objetivos de la cultura, late un sustrato de convicciones profundas, incons-cientes e irracionales, ante las que los métodos tradi-cionales de análisis, basados en la capacidad iluminadora de la razón, son insuficientes.

Frente a la creencia extendida por el positivismo de que la ciencia progresa de modo lineal sobre la base de la acumulación indefinida de experiencias y verificaciones, el pensamiento de la época reivindica a lo inconsciente como verdadero motor e impulso de la cultura. Esta no constituye sino una delgada capa de racionalidad, incapaz ya para ocultar el turbulento aflorar del espíritu. "Para llegar a producir algo valioso -escribe Weber- es necesario que al hombre se le ocurra, algo, aquello que, precisamente, es adecuado. Esta ocurrencia, sin embargo, no puede ser forzada y no tiene nada de frío cálculo" (2). La invocación al "demonio que maneja los hilos de la vida humana" condicionando una obediencia que, soterrada, prima sobre las imposiciones racionales de la cultura (3), es, en Weber, - fórmula hacia una reconciliación de la ciencia consigo misma y, particularmente, con sus limitaciones esenciales. El punto de partida de la actitud científica de la época es la crítica cerrada del formalismo en cuanto base de la ilusión científicista heredada de la Ilustración. La constatación y desarrollo metódico de la - fractura entre realidad exterior y valoraciones internas impondrá un retorno decidido a Kant, una aceptación de la visión positivista del trabajo científico y el reconocimiento de lo irracional en el ámbito de las realidades éticas y estéticas.

De un modo riguroso y dramático -explica Volpella- la generación de los pensadores fin de siècle reabre el

problema de la determinación de la naturaleza y validez de los instrumentos de conocimiento históricos y científicos, y de las condiciones que los hacen posibles (4). El punto central es la consideración del problema del valor, como instancia a la que el modelo epistemológico de las ciencias naturales no puede acceder. Los valores a los que el dato empírico viene referido, no parecen representar criterios de validez universal, sino el resultado de opciones subjetivas en las que se manifiesta el fondo inconsciente e irracional que determina, en última instancia, la vida del sujeto. El problema interpretativo no puede ya ser puesto bajo la consideración exclusiva de la razón científica: requiere ser considerado como un problema valorativo, - inaccesible para la ciencia.

La manifestación más destacada del nuevo espíritu científico en el ámbito jurídico es el Movimiento - del Derecho Libre (5). Se dan en él la mayor parte de los motivos y temas del modernismo y las vanguardias, sin que por ello quepa hablar de una superación de los puntos centrales de la visión dogmática de lo jurídico. L. Lombardi Vallauri ha destacado con acierto que el - primer punto en que el paralelo con el modernismo resulta fructífero para una mejor comprensión del iusliberismo, es el relativo al reconocimiento de la interpretación de las más variadas formas culturales como vía para explicar problemas comunes (6).

En los escritos de Stumpe, Kantorowicz o Fuchs, la crítica a la completud del ordenamiento y al carácter absoluto y necesario de las normas es en buena medida paralela a movimientos similares en el ámbito de las ciencias físico-matemáticas, centrados en el reconocimiento del valor hipotético, instrumental, heurístico y relativo de las leyes científicas. Figuras como Poincaré, Duhem, Mach, Planck o Einstein en el campo de la física, o como Bergson, Boutroux, Milhaud, William James o Husserl en la filosofía, son exponentes de preocupaciones fundamentalmente idénticas. En el terreno literario, banderas como la del "verso libre" o la "palabra en libertad" son también compartidas por los manifestos futuristas e iusliberistas. Es el momento del experimentalismo, la búsqueda de la sinceridad concebida como encuentro con las motivaciones profundas del autor. En esta línea, al modernismo católico se pueden sumar la explosión del expresionismo en los campos más variados del arte y la literatura. Desde grupos como Die Brücke (1906) o Die Blaue Reiter (1912) hasta el vorticismismo o el suprematismo, desde Proust, Joyce, - Apollinaire o Hesse hasta Mondrian, Braque o aún Picasso es posible apreciar esta continuidad profunda del vanguardismo europeo, que incidirá decisivamente en el iusliberismo, en la configuración del paradigma weberiano de las ciencias sociales o, como se verá, en la propia Teoría Pura.

Como explica V. Horia, "dos hechos dominan la mentalidad del artista en la primera década del siglo:

un pasado despreciable, al que hay que destruir, aunque lleno de obras maestras, un pasado impresionista para los pintores, naturalista para los escritores, positivista y materialista para los filósofos, determinista para los físicos. Y un porvenir cargado de falsas promesas y de tremendas amenazas" (7).

La superación de la tradición no transita, pues, por los caminos de un optimismo radical, basado en la capacidad de la ciencia para controlar el sentido de los cambios históricos, sino, por el contrario, por la noción de que el acontecer de la época responde a condicionamientos profundos, signados por la crisis general de la razón. Hay en la ciencia de la época un profetismo desencantado ya de las posibilidades de la ciencia para controlar la caída irreversible en un relativismo arbitrario y en la negación de la racionalidad científica para ofrecer una guía para la acción. Se profundiza así la tendencia fundamental del positivismo científico hacia una escisión entre teoría y praxis, aunque esta vez bajo el programa de una crítica de la razón científica como criterio para la decisión práctica.

Como apunta P. Rossi, esta crisis encuentra su primera manifestación en la crítica de Menger a la economía clásica, esbozada a partir de un análisis de sus presupuestos metodológicos y de la propuesta sustitutiva de un análisis económico basado en la elaboración de modelos hipotéticos-deductivos (8). A partir de entonces,

y en una línea que en la ciencia del derecho es particularmente clara a partir del primer Ihering, las diferencias metodológicas entre investigación empírica y juicios estimativos se ahondan hasta límites inconciliables. La lucha por la autonomía epistemológica en las ciencias sociales reconoce así no solamente un condicionamiento intelectual de base, sino también la influencia informadora del ethos científico y cultural de la época. Paralelamente a la reivindicación del papel esencial de la intuición, los impulsos inconscientes y las dimensiones irracionales de la subjetividad, acontece una afirmación de la autonomía de la ciencia como saber formal y estricto. Este doble impulso llevará a una consumación definitiva el programa dogmático de trasladar la teoría de la decisión -concebida ya como análisis y operación de valoraciones intereses y preferencias subjetivas- al exterior de la ciencia, reduciendo la interpretación al papel de conocimiento de rango secundario, destinado a la formulación de estrategias teóricas de decisión.

El movimiento del Freierecht reacciona contra el designio formalista del positivismo, aunque sin cuestionar los supuestos teóricos del paradigma. Como indica Volpe, mantendrá siempre su impostación normativista: el intérprete se encuentra, sobre todo y constantemente, vinculado a la ley; el primado de la norma y la decisión individuales no implica disolución de la norma general ni reducción de la misma a mera fórmula descrip

tiva y predictiva de comportamientos pasados o futuros. "El jurista libre", "siente aún a la ley como el dato macizo y primario del mundo jurídico, aunque esté atormentado por el descubrimiento de su incompletud (y de la ilogicidad de la tradicional actividad 'integrativa' de la ley) que la hacen aparecer de un modo real como un límite o como uno de los tantos elementos materiales de las soluciones" (9).

No existirá, por ello, una propuesta orgánica de carácter alternativo a la dogmática jurídica. Se aspira únicamente a una función correctora de los excesos de - sus orientaciones formalistas, a la vez que se propugna la integración de perspectivas metodológicas provenientes de ciencias humanas, como vía para una reconsideración del sujeto como centro de la tarea aplicativa del derecho. Lejos del irracionalismo anticientífico, el movimiento se configura como exigencia de una cientificidad más auténtica y consecuente, sólo posible a partir de un rechazo de los excesos del formalismo y de - las imperfecciones de su lógica, de su teoría del derecho y de su concepción de las relaciones entre jurista y sociedad.

La entrada de la teoría jurídica en una nueva etapa de desarrollo, definida no por su oposición, sino por una nueva profundización de los lineamientos fundamentales del paradigma dogmático, tendrá en consideración las ideas científicas de la época. La afirmación

básica, común a Mach, Helmholtz, Poincaré, Weber o Kelsen, de que lo uniforme y constante en los hechos objeto de consideración científica, no consiste en su hipotética sustancia material, sino en las relaciones orgánicas establecidas metodológicamente para su ordenamiento y clasificación, remite a la concepción de la ciencia como reflexión acerca de las categorías y leyes de funcionamiento del pensamiento. El método científico -escribe Weber refiriéndose a la construcción tipológica- "investiga y expone todas las conexiones de sentido irracionales, efectivamente condicionadas, del comportamiento que influyen en la acción, como "desviaciones" de un desarrollo de la misma "construido" como -puramente racional con arreglo a fines"... "nada nos dice, en lo más mínimo, hasta qué punto en la realidad las acciones reales están o no determinadas por condiciones racionales" (10).

Desde este enfoque, el problema de la posible -verdad de las conclusiones prácticas -es decir, la posible objetividad y validez autónoma de su contenido -de sentido- escapa del ámbito de la ciencia, puesto -que su cometido esencial es la determinación de la validez formal del proceso lógico que lleva a la descripción de situaciones normativas posibles dentro del contexto del sistema normativo. La teoría de la interpretación ve así reiterada su consideración en términos de conocimiento técnico, expresable en definiciones, cánones y principios de exclusión, etc., al que escapan, por

principio, las dimensiones sustanciales constitutivas del conocimiento práctico. Lo que comienza por ser una división del trabajo entre observación empírica y actividad prescriptiva; revela su decisionismo radical de fondo, con lo que "el ámbito genuino de la praxis se - sustrae en medida creciente al ámbito de la discusión metódica" (11).

2. El esquema de la Teoría Pura

A partir de 1911, con la publicación de la obra de Hauptprobleme der Staatslehre corresponderá a H. - Kelsen la exposición más desarrollada y consecuente del paradigma científico del positivismo en el ámbito jurídico. La continuidad respecto a la tradición científica de la dogmática es evidente y así lo reconoce explícitamente el propio Kelsen a lo largo de toda su obra. "En el sistema -escribe en su Teoría general del Estado-tengo la convicción que no he hecho sino seguir una tendencia inmanente de la ciencia. Considero que mi misión consiste en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de 'Teoría General'partiendo de un - principio general único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana" (12). Desde un principio, Kelsen entiende retomar la línea científica inaugurada por el positivismo, depurándola de sus impurezas e inconsecuencias y desarrollándola en toda la amplitud de su lógica interna.

La referencia a las fuentes explícitas del pensamiento kelseniano resulta obligada. Ante todo, contribuye a advertir contra una versión hasta no hace mucho generalizada entre la doctrina, que atribuye a la Teoría Pura el carácter de un capítulo profundamente revolucionario en la historia del pensamiento jurídico moderno (13). Asimismo, permite fijar algunos de los componentes fundamentales de la dogmática jurídica en su estado definitivo, particularmente en su reivindicación de la

función de auténtica matriz disciplinal. En el orden filosófico, parecen ingredientes determinantes de la Teoría Pura una postura gnoseológica de raigambre inequívocamente neokantiana, acompañada por un monismo epistemológico fundado en la tradición del idealismo alemán que afirmará, a su vez, las bases de un reduccionismo cientificista para el que la unidad del método conlleva la unidad del objeto de la ciencia. La raíz emotivista de su idea de la justicia -mantenida hasta el final de su obra- agrega al cuadro de posiciones filosóficas de origen un relativismo ético integral que lo singulariza dentro de la situación intelectual de la época.

Desde el punto de vista científico parece importante señalar la ubicación de la teoría pura dentro de la línea evolutiva de la dogmática iuspublicista -Gerber, Laband, Jellinek- respecto a la cual el propio Kelsen reitera su posición de continuador crítico. L. Legaz ha recordado, asimismo, la profunda vinculación existente entre la teoría kelseniana de la norma y las concepciones liberales en torno a la naturaleza de la norma penal, desde Von Feuerbach y Von Liszt hasta Beling. Subraya asimismo la influencia ejercida por los intentos de Zitelmann y Thon de adaptar la distinción propuesta por Beling entre "ley penal" y "norma" y su visión de la proposición jurídica penal como juicio hipotético, al campo del derecho privado. Thon es, tal vez, el puente más definido entre Kelsen y el segundo

Ihering, especialmente en lo que a la teoría del derecho subjetivo se refiere. Es ya más conocida la génesis de su idea del ordenamiento en la teoría de la producción escalonada del derecho elaborada por A. Merkl y ya adelantada por Bierling(14). Sin dejar de reconocer en Jellinek uno de los aportes fundamentales a la teoría general del Estado, Kelsen afirma tener en vista en sus elaboraciones especialmente a Gerber, Bluntschli, Laband, Rehm, Otto Mayer, Gierke, Fleiner, Hatschek, Schmidt, entre otros(15). Una influencia no menos importante, - aunque por lo general no destacada, es la que cabe a los desarrollos del derecho internacional privado de la época, particularmente en lo que a la idea de ordenamiento jurídico se refiere, prefigurada ya en la obra de Triepel.

En lo relativo a la teoría kelseniana de la interpretación, cobra importancia fundamental la referencia al ambiente científico en que nace la Teoría Pura. Es contemporánea al nacimiento del psicoanálisis y el neopositivismo del Círculo de Viena. Los primeros escritos sistemáticos de Kelsen coinciden cronológicamente con la publicación del Cours de linguistique generale de Saussure, o al Trattato di sociologia generale de V. Pareto, obras que en 1916 inauguran una etapa en sus disciplinas respectivas, bajo un programa sustancialmente similar al que inspira a Hauptprobleme der Staatslehre de 1911 o a Allgemeine Staatslehre de 1925. En tal sentido, debe agregarse que los escritos introductorios a

Wirtschaft und Gesellschaft son escritos por Weber entre 1918 y 1920, aunque sus ensayos ya analizados acerca - del problema de la neutralidad valorativa en las ciencias sociales preceden a las primeras obras kelsenianas en menos de un lustro. Al mismo período pertenece el hermetismo aforístico del Tractatus logico-philosophicus, concluido durante la cautividad de Wittgenstein y publicado en 1921, otra de las coordenadas intelectuales de la época.

La ausencia de Kelsen en los activos círculos in telectuales de la Viena anterior a la primera guerra - constituye aún una incógnita por develar(16). Lo cierto es, sin embargo, que se dan entonces en Viena manifestaciones culturales de tal importancia que no pudieron sino influenciar algunos de los desarrollos de la Teoría Pura, sumándose a la evidencia de un espíritu y de problemas hasta cierto punto comunes a la época. La Viena de Kelsen fue una de los ámbitos más fértiles y creativos de la historia europea, tanto en arte como - en filosofía, arquitectura, psicología, música o literatura. Es la Viena de Freud, Wittgenstein, Kraus o Boltzmann; de Robert Musil, H. von Hofmannsthal o S. Zweig; de Bruckner, Mahler, Brentano, Schöenberg o Rilke. Para quienes como Kelsen afrontaban entonces la tarea de una nueva fundamentación de sus disciplinas respectivas, los problemas en juego resultaban -como indican Janik y Toulmin- de la confluencia de tres tradiciones filosófi cas :

- a) El neoempirismo de Ernst Mach -de honda influencia en Kelsen- con su énfasis en las "impresiones de los sentidos" y la ciencia natural;
- b) El análisis kantiano de la "representación" y de los "esquemas", considerados como formas determinantes de la experiencia y el juicio, y su continuación en Schopenhauer;
- c) El enfoque anti intelectualista de las alternativas morales y estéticas, adelantado por la influencia decisiva de Kierkegaard(17).

En función de estas líneas básicas, a partir de 1920 y hasta 1930, nacerá en torno a M. Schlick el -Círculo de Viena. Incluirá -como recuerda P. Jacob- a los matemáticos Hans Hahn, Kurt Gödel y Karl Menger, al físico Philipp Frank, al sociólogo Otto Neurath, a los filósofos Rudolf Carnap y Víctor Kraft -cuyas elaboraciones del problema del valor guardarán llamativa proximidad respecto a las de la Teoría Pura-. Al mismo tiempo, en Berlín, Hans Reichenbach encabeza el movimiento de la Gesellschaft für Empirische Philosophie(18), esfuerzos todos afines al que, retomando los motivos fundamentales de la dogmática positivista, emprenderá Kelsen, a la búsqueda de una ciencia jurídica definitivamente libre de valoraciones.

La referencia a la condición a-valorativa de la ciencia es constante en Kelsen. Por lo general, se desarrolla como respuesta a las críticas que acompañan a la teoría pura prácticamente desde su nacimiento, y sólo alcanza el nivel de la construcción elaborada en escritos específicos de carácter ocasional o bien de un modo definitivo en la segunda edición de la Reine Rechtslehre. Es sin embargo en la teoría de la interpretación donde con mejor perspectiva puede observarse la propuesta metodológica kelseniana.

Desde un principio, Kelsen propugna la emancipación de la ciencia de toda contaminación valorativa como medio para la despolitización, exactitud y objetividad de la tarea científica. "La lucha apasionada y en ocasiones violenta que se realiza contra esa doctrina, no puede obedecer a motivos puramente teóricos. En verdad, se trata de una lucha de la política - contra la ciencia; es una lucha en la que todas las posibles direcciones políticas, conservadoras, o revolucionarias, socialistas o liberales, participan por igual en su oposición contra el logro de un conocimiento del Estado y del Derecho verdaderamente objetivo, es decir, emancipado de toda ideología". Su idea acerca de la imposibilidad de un papel prescriptivo por parte de la ciencia se ve reafirmada ya entonces con un tono acusado: "En verdad, investigando la naturaleza de la sociedad y, de modo particular, la esencia del Derecho y el Estado, no se obtienen grandes posibilidades de or

ganizar de algún modo la técnica social y, especialmente, la técnica jurídica y política. Pues esta conexión no es tan evidente, y la ventaja que puede ofrecer una ciencia social libre no se presenta con la claridad suficiente. Por eso, cabe sospechar que habrá siempre partidos políticos que deberán esperar de la verdad social más prejuicios que ventajas, por lo cual, al no poder renunciar a las ideologías, se dedicarán a combatir una teoría social que se niega a suministrar-selas" (19).

Bajo el calificativo de "pura", Kelsen entiende fundar las bases de una ciencia capaz de asegurar el conocimiento preciso de lo que el derecho es en sí, con independencia de cualquier otro tipo de elementos extraños. Su objeto son aquellas normas que confieren el carácter de jurídicos -o antijurídicos- a ciertos hechos que son a su vez producidos por actos jurídicos. La norma "en cuanto contenido espiritual significativo" (20) ofrece la posibilidad de una consideración formal, a través de la cual la ciencia se articula de modo diferente al de aquellas ciencias que, como la sociología jurídica no refiere a los hechos a las normas válidas, sino a otros hechos, en la relación de causa a efecto. El contenido material de las normas jurídicas escapa al interés de la ciencia; la estructura del derecho como sistema normativo ofrece el único punto de vista fructífero para un análisis despojado de connotaciones axiológicas o políticas. Criticando a la situación que le

precede, Kelsen escribe : "La consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX muestra claramente qué lejos ha estado esa ciencia de satisfacer la exigencia de pureza. De un modo totalmente acrítico, la ciencia del derecho se ha confundido con la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. Tal confusión se explica por referirse esas ciencias a objetos que indudablemente se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Reine Rechtslehre emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace por cierto, por razones de ignorancia o rechazo, sino porque procura evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto" (21).

La separación kantiana entre ser y deber ser, interpretada desde el punto de vista científico jurídico del modo recibido desde la tradición dogmática, es el punto de partida para un tratamiento formal como el propuesto: "Mis investigaciones parten del supuesto de separar dos opuestos fundamentales: el ser y el deber (ser); la forma del contenido. Soy consciente de que - una concepción monista no puede ni debe reconocer como definitivo el dualismo entre ser y deber ser, entre forma y contenido"..." pero si renuncio a sintetizar ser y deber ser, forma y contenido, en un plano superior - que unifique estos conceptos que se excluyen, es porque

no encuentro otra justificación sincera que la siguiente: no soy monista. Por muy insatisfactoria que me parezca una visión dualista del mundo, en mi pensamiento no encuentro otra" (22). La referencia al monismo confirma la acepción con que se ha utilizado el vocablo al hacer referencia a las influencias filosóficas operantes en Kelsen. Sobre la base de una proyección del dualismo metodológico hacia un dualismo ontológico, - Kelsen desestima la posibilidad de cualquier posible pluralismo, basado en la consideración de una misma realidad a partir de diversas ópticas metodológicas, principio que adquirirá importantes repercusiones en su teoría de la interpretación.

En este punto la carga filosófica proveniente de la tradición científica de la dogmática condiciona respuestas sensiblemente similares a las ya estudiadas. - En Kelsen, al igual que en Savigny y la hermenéutica - historicista, interpretar es, básicamente, "determinar el sentido de la ley". La interpretación acompaña a cada acto de autogeneración del ordenamiento jurídico; - todo acto aplicativo supone un acto de interpretación que hace posible el pasaje de la norma superior a la norma inferior (23). La norma superior determina sólo parcialmente el contenido de la norma inferior, ya que deja abierto un margen más o menos amplio de libre apreciación, que es necesario llenar a través de la decisión. El acto de aplicación sólo podrá ser considerado como jurídico una vez que llene alguna de las posibili-

dades abiertas por el análisis de la norma superior. "Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar -reitera Kelsen- el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras de llenarlo. La interpretación de las normas no conduce, pues, necesariamente, a una solución única - que sería la exclusivamente justa" (24).

El problema de la determinación de una solución "justa" entre las diversas alternativas que la tarea interpretativa ofrece al encargado de aplicar el derecho es ajeno a las preocupaciones de la ciencia; corresponde, en rigor, a la "política jurídica". La ciencia limita su cometido a la determinación de las interpretaciones posibles de la norma en cuestión. La decisión en concreto, es "un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma, creando otra nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica" (25).

Queda así esbozada lo que en palabras de Dworkin puede ser denominada No-right-answer thesis (26). La ciencia agota el campo de la racionalidad, y se detiene allí donde la voluntad debe cubrir, a través de una motivación subjetiva, objetivamente inaprehensible, el espacio abierto por la consideración de las alternativas lógicamente posibles en un caso determinado. Por -

radical que pueda parecer la crítica de Kelsen a la - teoría tradicional, resulta evidente que su versión - del problema hermenéutico depende en lo esencial de la solución historicista. Acorde con las premisas de fondo del paradigma dogmático la Teoría Pura desplaza el - problema de la verdad práctica de las conclusiones al exterior del sistema. Ello tiene conclusiones bastante más amplias que la calificación de "extracientífica" de la cuestión de la verdad práctica. Lo que en verdad queda fuera del sistema es el problema de la justificación racional de las decisiones. Estas pertenecerán al ámbito de la emotividad o el impulso irracional. El ideal de la pureza metódica y su empeño de eliminar del ámbito de la justificación racional de la ciencia aquellos factores extraños al campo de las axiomas y teoremas que dan contenido al sistema se imponen a toda costa, y al precio de un verdadero divorcio entre el mundo del conocimiento -contrapartida teórica del ser- y el de la acción -contrapartida teórica del deber ser-.

La interpretación queda encerrada en el ámbito de una consideración puramente teórica de los materiales normativos que delimitan el campo de cualquier experiencia científica posible. "Una proposición -escribe Kelsen- es el significado de un acto de pensamiento, y su verdad es independiente de dicho acto"..." en tanto que, la validez de una norma, que es el significado de un acto de voluntad, está condicionada por el acto que la determina. La norma es el significado de un acto de

voluntad dirigido al comportamiento de otro; su significado es un 'deber ser'; y este 'deber ser' es el correlato de un querer. No hay un 'deber ser' que sea una norma sin un querer cuyo significado sea ese 'deber ser'. No hay norma sin un querer que la determine (that posits norm) "...Una norma es válida únicamente a condición de que sea "puesta" por un acto de voluntad, si es el significado de tal acto" (27). La ya antes notada relación de "naturalidad si no necesidad" (Batiffol) existente entre voluntarismo y positivismo en el campo del derecho, viene a situarse en el centro mismo de la idea dogmática de la interpretación.

Desde una perspectiva evolutiva de la doctrina kelseniana de la interpretación, cabrían, sin embargo, algunas precisiones conceptuales adicionales. Como observa M. Losano, el pasaje de una norma superior a una inferior puede esquematizarse, en Kelsen, en tres puntos :

- a) Necesaria constatación del esquema, destinada a precisar el elenco de posibles normas inferiores que pueden derivarse de una norma superior dada;
- b) Acto de conocimiento extrajurídico sobre la base del cual el órgano que aplica el derecho escoge una de las normas inferiores alternativamente posibles;

- c) Emanación del acto a través del cual la norma inferior queda individualizada (28).

El segundo punto marca el ámbito donde el sistema de Kelsen queda abierto e incompleto, manifestando la renuncia de la ciencia a una teoría de la decisión. El tercero soslayado como obvio en 1934 y mencionado explícitamente en 1960, plantea la necesidad de distinguir en Kelsen dos tipos fundamentales de interpretación.

En primer lugar, la interpretación de las normas que realizan los órganos encargados de su aplicación. El segundo, la que lleva a cabo la ciencia del derecho como paso necesario en su tarea de descripción del derecho positivo (29). En el ámbito de la interpretación auténtica, Kelsen vuelve a reiterar que la indeterminación hace a la esencia de las normas generales. No se trata sólo del margen de indeterminación deliberadamente querido por el legislador en su celo por garantizar la vigencia de las normas dentro de contextos diversos y cambiantes, sino de la indeterminación no querida, cuya principal fuente es la palabra o conjunto de palabras a través de las cuales la norma se expresa. El sentido lingüístico de la norma no es unívoco y el órgano de aplicación se encuentra siempre ante varias significaciones posibles. Lo mismo ocurrirá en los casos que el intérprete crea advertir una discordancia entre las expresiones lingüísticas de la ley y la finalidad presunta-

mente querida por el legislador. En todos los casos, lo que cuenta para Kelsen es que "decir que un acto jurisdiccional, un juicio o una sentencia está fundada - en la ley no significa que sea la norma que puede ser creada dentro del cuadro de la norma general, sino solamente que es una de las normas individuales que podrían todas igualmente serlo; en suma, ello significa que la decisión tiene lugar al interior del cuadro que representa la ley" (30).

La crítica de Kelsen intenta oponerse así a lo que denomina "doctrina tradicional" o "ciencia del derecho tradicional" y a su intento de desarrollar un método que haga posible la tarea de cumplimentar correctamente el cuadro ofrecido por la norma general. A su juicio, tal intento adolece del defecto de visualizar el proceso de interpretación como si se tratase de un acto puramente intelectual de clarificación o de comprensión, como si el órgano de aplicación no pusiese a tal efecto en funcionamiento otra cosa que su inteligencia y no su voluntad, "como si una actividad puramente intelectual permitiera operar, entre las diferentes posibilidades existentes, una elección correspondiente al derecho positivo, correcta en el sentido del derecho positivo" (31). La cuestión de la solución "exacta" -reafirma Kelsen- no es un problema de teoría del derecho ni de conocimiento, sino de "política jurídica". Como interpretación auténtica que es, la interpretación operada por los órganos de aplicación es siempre "creadora de -

derecho" (32), al menos desde que implica una resolución con fuerza de cosa juzgada. La creación del acto jurídico, al interior del cuadro de la norma jurídica a aplicar es libre, es decir, situada dentro del poder discrecional del órgano encargado de dictar el acto.

Para la Reine Rechtslehre de 1960, en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación del derecho a aplicar -operación de conocimiento- se une a un acto de voluntad por el cual el órgano aplicador efectúa una elección entre las posibilidades reveladas por la interpretación a base de conocimiento. La distinción entre actividad interpretativa auténtica y actividad interpretativa científica estaría dada por el carácter necesariamente creador de derecho -"el acto calificado de interpretación auténtica representa la creación de una norma general" (33). El sentido de la interpretación, su finalidad, sería la que le atribuye tal -carácter de auténtico, dado que los órganos dotados de la potestad de decir el derecho pueden efectuar actos -de interpretación no necesariamente vinculante. Tal distinción no obsta, sin embargo, a importantes vínculos -entre ambos tipos de interpretación. El más importante, sin duda, es el que resulta del hecho de que la interpretación doctrinal o científica constituye una fase -primera e ineliminable de la auténtica, opinión en la -que Kelsen refleja de modo evidente la raigambre dogmática de su teoría de la interpretación.

En este punto, sin embargo, Kelsen opera una identificación entre los conceptos de interpretación y aplicación del derecho en el que queda cuestionada la distinción formulada ya por Savigny entre ambas dimensiones de la actividad del jurista. La interpretación sería, en su aspecto doctrinal, acto de conocimiento de normas y estructuras institucionales, en tanto que en su aspecto auténtico sería instancia de creación del derecho. Interpretar auténticamente sería, a partir del momento en que la decisión adquiere autoridad definitiva, creación de derecho. El problema fundamental sobrevendría al campo de la teoría una vez que la consideración del segundo punto del esquema propuesto por Losano-acto de conocimiento extrajurídico sobre la base del cual el órgano aplicador escoge la alternativa en que se fundará la norma inferior- exige un lugar dentro de la teoría de la interpretación. En este momento, interpretación y decisión sólo pueden verse a la luz de una teoría general de la decisión a la que la ciencia, por razones de principio, reiteradas por Kelsen a lo largo de toda su obra no puede sino renunciar.

La consideración crítica de la "teoría tradicional" es, sin duda, uno de los aportes más significativos de la Teoría Pura a la discusión en torno al papel de la interpretación en el proceso de creación del derecho. La originalidad del planteamiento kelseniano es, como se ha visto, relativa, ya que la mayor parte de sus presupuestos y desarrollos se encuentran ya casi explícitamente

en la versión dogmática del problema hermenéutico. El punto en que la Teoría Pura cobra matices que la diferencian respecto a otras posibles orientaciones del positivismo es el relativo al fundamento de la No-right answer thesis. La imposibilidad de la solución racionalmente correcta no radica ya en la generalidad de la - perspectiva propia de la ciencia frente a la irreiterable particularidad del caso, sino en la estimación fundamental de que la decisión es un ámbito exclusivo de la voluntad. Frente a la posibilidad de un enfoque sociológico, atento a las opciones valorativas efectivamente llevadas a cabo por los operadores jurídicos autorizados formalmente para la producción de derecho, Kelsen se inclina por un enfoque normativo, que al mantenerse en la indeterminación de las posibles significaciones - ofrecidas por el análisis lógico-formal garantiza el designio de exactitud y objetividad impuesto a la racionalidad científica (34).

No parece correcto, por tanto, concluir que hay en Kelsen una negación del principio de certeza acuñado por la ciencia moderna. Su negación de los caracteres de abstracción y generalidad de la norma se dirige a una fundamentación de la posibilidad de una consideración formal aún de las decisiones individualizadas. Para ello, el centro de preocupaciones teóricas pasa del ámbito de las normas efectivas de comportamiento de una sociedad determinada, al de las normas de estructura y organización de todo ordenamiento jurídico. Su pretendido antiformalismo en la teoría de la interpretación en manera alguna con-

lleva una concepción realista del derecho. El objeto de la interpretación no es el derecho sino sus formas lógicas universales. El conceptualismo dogmático no solamente no se ve negado, sino afirmado con una consecuencia y rigor impensables en la tradición historicista.

Para ésta, sería impensable la afirmación de Kelsen en el sentido de que es un esfuerzo inútil pretender fundar "jurídicamente" una de las posibilidades que abre el análisis del marco normativo con exclusión de otras, o la de que no existe un patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, puesto que la norma por aplicar o el sistema entero deja la determinación acerca de cuál de las interpretaciones posibles de una norma al acto por el que se producen las normas (35). Hay, pues, en la Teoría Pura, un desarrollo de la lógica interna de la dogmática hasta posiciones incluidas en germen en la teoría disponible, aunque no desenvueltas hasta entonces en todo su alcance. En este sentido, la Teoría Pura no solamente se presenta como el intento más completo y metodológicamente consciente de sistematización del paradigma dogmático, sino también como el exponente más crítico de sus contradicciones de base. Construida bajo el lema orientador de la pureza metódica y la exigencia de exclusión sistemática de toda contaminación transdisciplinaria o metajurídica, la Teoría Pura concluye negando la posibilidad de una consideración racional y científica de los problemas de contenido operantes en la aplicación del derecho. "La teoría kelseniana

-escribe Calsamiglia- contiene el germen de su propia destrucción cuando rechaza la doctrina de la certeza y de la verdad de la interpretación. Pero el argumento se vuelve contra el propio Kelsen cuando pretende despoli-
tizar y neutralizar la decisión política que llega a -
ser norma válida y sin la cual no es posible la concre-
ción del derecho" (36).

El aislacionismo metódico de la Teoría reconoce dos puntos de ruptura, a través de los cuales los factores ideológicos irrumpen de modo racionalmente incontrolado. En primer lugar, desde la noción de Grundnorm como constitución presupuesta en sentido lógico-jurídico que instaaura el hecho fundante de la producción del derecho y que opera como condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretada en el sentido objetivo de normas válidas (37). A este nivel reaparece la hipótesis del "poder normativo de -
lo fáctico" y se quiebra la posibilidad de construcción de un sistema normativo autosuficiente y cerrado en una articulación circular a partir de la noción de imputabi-
lidad normativa. Se avizora así como posible la existen-
cia de una norma que no se presenta como contenido sig-
nificativo de un acto de voluntad, sino que se impone -
como un presupuesto gnoseológico pensado por la ciencia y no impuesto por una volición. Es posible que, como su-
gieren algunos de sus últimos textos, Kelsen revisará es-
ta contradicción de fondo, buscando afirmar con todas sus
consecuencias la idea de que toda norma debe ser el corre-

lato de una voluntad (38). Pero lo cierto es que la totalidad de la Reine Rechtslehre no alcanza a desarrollar una estrategia de respuesta a dicha contradicción de fondo, que abre una brecha apenas contenida a las presuposiciones implícitas de la teoría.

Un segundo punto de ruptura se sitúan en el ni vel de la teoría de la interpretación y aplicación, - donde los condicionamientos ejercidos por las estructu ras latentes de la teoría disponible, son particularmente intensos. Hay en Kelsen la idea de construir un paradigma analítico basado en la consideración descriptiva del lenguaje jurídico y de su sintaxis lógica, en el que la norma queda individualizada como objeto único del saber científico. Como afirma Volpe, "el deber ser sancionado constituye el contenido de la categoría de la juridicidad, el esquema lógico base del derecho: todas las proposiciones lingüísticas que reconocen tal esquema lógico son normas jurídicas. De este modo, el derecho es identificable exclusivamente a través de ele mentos lógico formales que le son peculiares. Deviene así producto de una categoría lógica autónoma, un mundo lógico, cerrado y autosuficiente" (39). Acorde con las premisas del neopositivismo imperante en la época, la Teoría Pura parte del reconocimiento de una esfera de validez normativa no indentificable ni con la de los he chos ni con la de las valoraciones emocionales. Las pro posiciones de la ciencia carecen, en su carácter hipotético-deductivo, de cualquier posible referencia a reali

dades materiales. Operan como instrumentos de conocimiento, como condiciones de posibilidad para una delimitación del ámbito de lo jurídico, frente a otras posibles esferas de normatividad.

Consecuentemente, la teoría de la interpretación es desarrollada dentro de la descripción del proceso de autogeneración del ordenamiento jurídico. No puede por tanto, ser expuesta sino como una forma de conocimiento de normas, indiferente por principio al contenido material de las decisiones individuales. Estas poseen ciertamente un sentido ideológico insoslayable -como afirmaba ya el movimiento del Derecho Libre- lo que debe proscribirse es la posibilidad de que el mismo pueda -ser asumido por la ciencia como objeto de conocimiento legítimo. A lo sumo, podrá el jurista preocuparse de la disposición de los instrumentos y criterios formales para la positivación de valores. Las opciones que los actualicen no responderán, en cambio a otra fuente, que a los impulsos subjetivos emocionalmente condicionados. - En el caso en que obliguen a los operadores jurídicos -como por ejemplo, el caso de los valores que inspiran las decisiones del legislador- lo hacen como realidades objetivas, empíricamente verificables. De este modo, la instancia ideológica penetra nuevamente en el interior de la teoría, de un modo igualmente incontrolado que en el caso de la Grundnorm.

3. Irracionalismo y política jurídica

La consideración del pensamiento de A. Ross -sin duda otro de los ámbitos fundamentales de la indagación positivista acerca de la interpretación- ofrece aspectos que no han sido destacados hasta ahora con el énfasis debido. En su On Law and justice, Ross erige a la neutralidad valorativa en punto de partida fundamental para cualquier tipo de tarea científica. "Si tomamos como punto de partida la idea de que toda metafísica es quimera, y que no hay otro conocimiento que el empírico, podemos preguntarnos cómo es posible llegar sobre esa base a la política jurídica, es decir, a enunciar alguna guía para el legislador (40).

Para Ross, todo motivo o invitación a la acción obedece a su vez a un orden de factores irracionales -intereses, actitudes etc.- o apelan a ellos como justificación. El cometido de la razón se limita así a la formulación de directivas dotadas de una fuerza meramente hipotética, que operan sobre un terreno previsiblemente abonado por motivos irracionales. "Son por ello ilusorias las numerosas teorías formuladas en el curso del tiempo sobre la deducción de normas absolutamente válidas a partir de hechos empíricos (por ej. el hecho de la solidaridad) o de la naturaleza metafísica de la existencia o de la naturaleza humana. Absolutamente nada puede deducirse so

bre la acción humana de los hechos como tales. Los hechos son en sí mismos indiferentes. Sólo adquieren relevancia al ser colocados en relación con un interés o actitud, que es independiente de ellos (41).

Desde esta perspectiva no puede sino condenar por retrógrada la influencia de la política sobre la ciencia, sin dejar por ello de intentar una atenuación de las posibles consecuencias de una escisión radical entre teoría praxis. Los excesos de la teoría pura resulten demasiado evidentes como para que una doctrina dirigida a la eliminación drástica "del dualismo tradicional entre realidad y validez en el hecho" (42) no busque tender puentes capaces de soportar el eliminable momento práctico del derecho judicial.

En tal sentido, plantea la necesidad de situar las premisas valorativas que presiden un proceso de decisión en una zona de validez hipotética que el científico acepta sin poner en tela de juicio su validez objetiva o absoluta como condición de posibilidad para la obtención de resultados prácticos en su labor. La ciencia jurídica podría así proceder de modo similar a las ciencias naturales, aceptando ciertos objetivos considerados socialmente como vigentes, no neutrales en sí mismos al valor, pero que a efectos funcionales pueden operar como hipótesis de trabajo, sin necesidad de un compromiso estimativo expreso (43) Desde tal supuesto, cabría, para Ross, una conciliación entre

el ideal de pureza metódica celosamente exigido por la Reine Rechtslehre y la irrupción forzosa de los problemas valorativos en el campo de la decisión.

Tanto Ross como sus críticos más importantes han considerado las dificultades materiales que conlleva tal planteamiento del problema. Ante todo, no duda en señalar el hecho de que la ciencia jurídica y la política jurídica carecen de la posibilidad de fijar objetivos unívocos a su tarea, ya que la labor política consiste siempre en un intento de conciliación, integración y composición de intereses y objetivos por naturaleza heterogéneos y complejos -Todo ello obliga a hablar de "composición de la decisión" más que de "solución" en el sentido usual de la expresión. Por otra parte, Ross destaca la circunstancia de que las premisas de la ciencia jurídica carecen del rigor y la certidumbre propia de las premisas de la ciencia natural, lo cual impone una investigación y tabulación de las actitudes valorativas y opciones actualmente vigentes. Tal labor sería imposible de realizar en un marco de absoluta neutralidad valorativa.

Por último, no es menos evidente que los resultados de la ciencia jurídica jamás pueden ser totalmente concluyentes en el plano racional, ya que a su conformación confluyen una multiplicidad de objetivos y perspectivas que requieren ser conjugadas en su im

portancia respectiva. "La ciencia social -afirma- no puede nunca pretender una "solución", es decir una directiva que brota de manera inequívoca del objetivo dado en conexión con el conocimiento técnico" (44).

En el esquema de Ross, la solución a un determinado problema práctico supone siempre una suerte de salto irracional entre el balance de las diversas soluciones alternativas propuestas por la ciencia y la decisión en sí misma (45). Aún así, ¿a quien debe corresponder el protagonismo de tal salto? ¿Al científico, capaz de analizar exhaustivamente las alternativas que el sistema jurídico ofrece a la decisión? ¿al práctico, con su saber acerca de irreiterable individualidad de las circunstancias particulares que sirven de escenario a la decisión?. La respuesta de Ross se inclina hacia el científico, ya que es él quien conoce en todas sus posibilidades los sentidos que la circunstancia impone a la voluntad. No por ello se exime al práctico de la responsabilidad de la decisión y aplicación, ya que la respuesta del científico consiste en instrucciones previas a la decisión. El práctico es quien procede en definitiva a una integración de las diversas perspectivas y aspectos del problema, en la que la relación entre argumentos y decisión práctica no es de carácter lógico sino factual. Precisamente por ello, la decisión final "no tiene carácter científico o teórico, sino que es la expresión de una reacción personal. Tiene el carácter de una decisión.

Este salto a-lógico se distingue además por el hecho de que la decisión tiene usualmente por causa el peso de consideraciones diferentes, mutuamente inconmensurables" (46).

En tanto que en la Teoría Pura la prueba de fuerza entre razón científica y decisión irracional se resuelve en favor de una afirmación absoluta del principio de pureza metódica, hay en Ross un intento decidido de conciliación, expresado sobre todo en su afirmación de que aún con las soluciones que propugna queda a salvo la pureza metódica de la ciencia, "siempre que se ponga de manifiesto que el salto irracional del investigador no es de naturaleza científica" (47).

A diferencia de la imagen kelseniana del científico limitado al análisis lingüístico y lógico de las proposiciones normativas, que retrocede de modo sistemático ante la cuestión de la determinación de la relevancia práctica de los resultados a que llega, la propuesta de Ross supone la necesidad de un salto hacia la singularidad del momento de la decisión. "La idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión" (48) La única posibilidad que en todo caso queda al investigador de legitimar objetivamente su actitud consiste en delimitar cuidadosamente los ámbitos de la ciencia y de la política, a través de la denuncia de los condiciona-

mientos irracionales que interfieren el análisis y orientan el sentido final de las recomendaciones. La decisión es el terreno de lo a-lógico e irracional. Si la ciencia es ante todo conocimiento y sin su labor propia consiste en una reelaboración constante del sistema, parece evidente que le serán ajenas todas aquellas cuestiones que, por provenir de un ámbito de creencias intereses o impulsos emotivos, carecen de una justificación racional rigurosa.

Es por ello que la interpretación y aplicación del derecho en general no pueden ser entidades en términos de procesos puramente lógico-formales. Se trata, por sobre todo, de una actividad político-jurídica imbuida de valoraciones, preferencias y finalidades prácticas (49) Así, una teoría del método interpretativo en el derecho sólo resulta viable en tanto quede limitada a una sociología de los hábitos y actitudes hermenéuticas generalizadas dentro de una comunidad jurídica determinada, y siempre con referencia al sistema jurídico vigente.

Esta idea no puede desligarse del intento general de Ross por identificar el problema de la validez con el problema de la eficacia. Una norma es válida en tanto que es efectivamente aplicada a través de decisiones judiciales, puesto que si esto ocurre en la práctica es porque la norma es sentida por el juez como socialmente vinculante. Es por ello que el resulta

do de la interpretación judicial es para Ross el derecho eficaz. -el particular significado atribuido a la norma en examen- en tanto que el resultado de la interpretación doctrinal es el derecho válido -o sea la aserción teórica concerniente a la interpretación que probablemente desarrollarán las cortes de justicia-. Y en este punto, el común origen positivista de las construcciones de Ross y Kelsen vuelve a explicar un nuevo punto de vinculación estrecha: la interpretación doctrinal -"científica" en Kelsen- se ve verificada no la interpretación judicial -una de las formas posibles de la interpretación "auténtica" en Kelsen-, de la cual forma parte a su vez.

La diferencia clara se ve subrayada por la subestimación en Ross de los aspectos justificativos de la decisión. En Kelsen, la justificación es parte integrante de la decisión; puesto que no cabría pensar en una norma individual creada al margen de un proceso formal y materialmente válido. En Ross, las referencias al "contexto de justificación" no bastan para disfrazar el carácter hasta cierto punto retórico o "ideológico" del mismo (50) Esta diferencia entre Kelsen y Ross es explicable desde la posición general de Ross en torno al problema de la norma, desde la cual el juez no "aplica" la norma en el sentido estricto en que la expresión es utilizada a partir de Savigny, sino que más bien "verifica" una directiva psicológicamente sentida como vinculante de su comportamiento.

Se entiende así su opinión en el sentido de que "un criterio general de conducta no es de por sí una razón justificativa válida para un comportamiento determinado, sino al contrario: es a partir de un comportamiento determinado que se puede derivar la eficacia y, en consecuencia, la realidad de una norma" (51) No es extraño, pues, que el contexto de justificación quede debilitado frente al contexto de decisión -para usar la expresión que Ross generaliza a partir de la filosofía de la ciencia-.

Si para Kelsen el objeto de la interpretación científica es la norma, para Ross lo es la norma en cuanto elemento predictivo del comportamiento de los tribunales. Ligada a un próximo aunque inconfesado conjunto de influencias iusliberistas la teoría kelseniana de la interpretación conquista, a pesar del cerrado normativismo que profesa, un margen de libertad para el intérprete del que carece, la teoría sustentada por Ross. En esta última, el momento aplicativo determina la estructura de la interpretación. Ciencia y política del derecho adquieren así un carácter esencialmente instrumental.

Aún así, las diferencias apuntadas no bastan para ocultar una línea de confluencia y afinidad profunda. Tanto para Kelsen como para Ross la interpretación es una tarea que se refiere a normas y a sus significados, cuyo criterio fundamental es el de la pureza

za metódica. La ciencia debe abstenerse de conside
rar cuestiones valorativas, ya que su cometido es
la descripción de normas y no la prescripción de
comportamientos (52).

El intento de Ross de conciliar la teoría
pura con las exigencias de la realidad no podía
transitar otros caminos que los que enfrentan al
paradigma científico del positivismo con el pro-
blema de la decisión. Situada en este punto, la
empresa no puede juzgarse razonablemente cumplida.
El ámbito de una consideración científica del dere
cho no queda determinado por su capacidad de análi
sis de la realidad, sino por la estructura del mé-
todo. Bien sea desde la perspectiva de la norma
fundamental kelseniana, bien sea desde los presu-
puestos epistemológicos de un saber empírico-des-
criptivo como el propuesto por Ross, la noción del
derecho es resultado de una elección trascendental
a-priori, que con anterioridad e independencia de
toda experiencia posible, determina el campo de lo
que, desde una actitud de pureza metódica, debe ser
definido como derecho.

El problema que esto plantea es de no menor
trascendencia que el de la coherencia y suficien-
cia del paradigma positivista de la ciencia, y alu
de, en general, a la posibilidad de un planteamiento
de la cuestión de la decisión. Esta permanece como
uno de los "problemas de la penumbra" que, como dice

Hart, acompañan inevitable y permanentemente a la ciencia, puesto que surgen fuera del núcleo rígido de ejemplos típicos o de significado establecido (53) El interrogante de Ross queda sin responder: "Si todo conocimiento científico es por su naturaleza aprehensión de hechos empíricos y de sus correlaciones funcionales invariables ¿cómo es posible, sobre base científica, enunciar algo que no se limite a simples declaraciones sobre hechos empíricos?" (54) El corolario resulta obligado: "el conocimiento no puede nunca motivar una acción, pero presuponiendo un motivo dado (interés, actitud), puede dirigir la actividad" (55), entendiendo esto último en el sentido de la posible racionalidad instrumental de opciones cuyo sentido final escapan a las razones objetivas de la ciencia.

4. Ortodoxia jurídica y compromiso del jurista

El análisis de dos expresiones eminentes de la tradición científica del positivismo en el presente siglo como Kelsen y Ross ha contribuido a poner de manifiesto las consecuencias teóricas y metodológicas del paradigma científico de la dogmática y de su solución al problema de la tensión entre teoría y práctica. Orientadas explícitamente hacia una depuración y autonomización de la ciencia frente al resto de las ciencias humanas, el resultado parece bastante distante del proyecto inicial. Lejos de haber sentado las bases para el progreso científico del saber jurídico han contribuido, o en todo caso, a la consolidación de un análisis puramente formal del derecho, despojado de los alcances indudables del paradigma dogmático en su versión fundacional. Inspiradas, por otra parte, en el ideal de una ciencia capaz de garantizar una zona neutral a las pasiones políticas, en la que el control de la razón científica proporcionara algunos puntos fijos dentro de un cuadro amenazador para las posibilidades del trabajo científico auténtico e independiente, las doctrinas analizadas parecen, en cambio haber legitimado de un modo definitivo el recurso a lo irracional como única vía de salida hacia el ámbito de las cuestiones prácticas. Parece así cumplirse la observación profética de C. Schmitt, cuando, criticando los intentos de contrarrestar la disolución pluralista mediante autonomizaciones y neutralizaciones, po-

líticas anunciaba que la huida general y fundamental de todo lo que existe todavía en Alemania de sustancia estatal, apuntaba en realidad contra sus propios objetivos.

Las expresiones más importantes del desplazamiento de las cuestiones prácticas al ámbito de lo irracional han estado a cargo de los movimientos doctrinales que, partiendo de perspectivas ideológicas han propugnado una función definidamente política de la ciencia jurídica. Se hace política -se afirma- no solamente al asumir los compromisos que implica la tarea de transformación de la sociedad, sino también cuando detrás de la ideología de la neutralidad de la ciencia se disfraza un propósito de conservación del estado de cosas existente. Para Hernández Gil, dichas orientaciones pueden subsumirse bajo la idea de politicismo jurídico y el programa de un intento de trabazón entre ordenamiento político y ordenamiento jurídico "de modo que el segundo se considera como proyección del primero y viene determinado por él, no sólo en el momento de 'creación del derecho', sino en todo el proceso de su vida y en toda clase o fase de actividad jurídica, bien sea legislativa, judicial o científica" (56).

El análisis de Hernández Gil se centra sobre todo en el politicismo jurídico de raíz fascista y nacional-socialista, y en dicha línea advierte por lo

menos dos tónicas generales que constituyen su denominador común. Por un lado, una determinada concepción del fenómeno jurídico, condicionada por una realidad política determinada. Por otro, el influjo filosófico de un cierto neohegelianismo. Ambos factores se manifiestan en relación de complementación mutua, destacándose en juristas como Schmitt o Hoehn el primero, o como Larenz y Binder el segundo. En cualquiera de las alternativas, el método jurídico se convierte en investigación sociológica, sin abandonar por ello el positivismo de origen. Lo social es concebido ya no sólo bajo el prisma político, sino bajo el de una concepción política determinada. Frente al apoliticismo del formalismo tradicional -observa Hernández Gil- el politicismo concilia su decisionismo de fondo con un formalismo aún más radical, para el que lo jurídico queda reducido a simple cobertura del fenómeno político. Al mismo tiempo, el politicismo jurídico contribuyó a afirmar el legalismo en una dirección definidamente estatalista, acorde con las premisas ideológicas generales (57).

Desde una óptica ideológica diversa, la del socialismo, ya desde los primeros pasos de la teoría soviética del derecho y el Estado, se aprecia un politicismo jurídico de signo aún más radical. Ya en la generación fundacional, aparece como primordial la necesidad de una concepción del derecho como instrumento de cambio revolucionario de la sociedad. Para Pašu

kanis, por ejemplo, las categorías jurídicas no tienen otro significado que el que les otorga su función ideológica, y están destinadas por tanto a desaparecer con la desaparición de las condiciones socio-económicas objetivas que les sirven de base (58) Para Stucka, la vía revolucionaria del tribunal popular aparece como "un camino por el que deberá marchar necesariamente toda revolución proletaria". Una legalidad es revolucionaria en la medida en que se base en una conciencia del interés de clase, o más precisamente, en "la conciencia de clase de la clase que ha vencido". La función revolucionaria del derecho de la clase ascendente consiste en el hecho de que "su victoria transforma su programa en derecho 'positivo', en ley"...precisamente porque "la fuerza de la dictadura proletaria consiste en que al mismo tiempo un Estado y una revolución". Se actualiza así la afirmación de Engels de que "toda clase en lucha debe formular sus pretensiones bajo la forma de reivindicaciones de carácter jurídico, es decir, en forma de programa" (59).

Un segundo momento en el desarrollo del politicismo jurídico de raíz socialista debe ser situado a partir de la década de los sesenta, coincidiendo con el auge de las actitudes revisionistas en el ámbito del pensamiento marxista. El tal sentido cabe hablar de "neopoliticismo" jurídico, advirtiendo la especial relevancia de su consideración, no solo por sugerir el na

cimiento de preocupaciones si no originales al menos de reiteradas pretenciones científicas dentro del conjunto de orientaciones de origen genéticamente marxistas, sino sobre todo por el interés de estas corrientes de situar en el primer plano del análisis las categorías acuñadas por la tradición dogmática. Resulta evidente, por tanto, la inserción del neopoliticismo jurídico en auge en los ambientes académicos y judiciales europeos, dentro de la orientación más vasta hacia una consideración de la labor científica en términos definidamente ideológicos.

Ante todo deben recordarse los análisis efectuados en su tiempo por Cerroni, Bobbio o Poulantzas, entre otros, acerca de la inexistencia de una preocupación teórica consistente respecto al derecho dentro de la tradición marxista. Las causas de este fenómeno escapan por el momento al interés de este trabajo y se refieren, posiblemente, a los propios fundamentos de la idea marxista del hombre y la sociedad. - No menos importante parece la incidencia de la propia praxis política de los movimientos socialistas - ya que, considerado el derecho como un instrumento - de la clase dominante, su conceptualización científica carecería de un interés sustantivo. Sólo preocuparía su tratamiento ideológico, más acorde con la función del derecho como instrumento reforzador de ciertas y determinadas relaciones de producción (60).

Bobbio subraya con acierto el interés preponde

rante si no exclusivo de los teóricos del socialismo por los problemas concretos de la conquista y conser vación del poder, de donde provendría la importancia otorgada a la cuestión del partido, en detrimento de un análisis profundo de los problemas del Estado. En una segunda instancia operaría la creencia persisten te de que el Estado y el derecho son fenómenos de transición, condenados a desaparecer con el advenimiento de la sociedad sin clases (61). El auge de los "revisionismos" ha significado una reversión de la situación apuntada. Puede afirmarse que la recusa sión de la "hipótesis economicista" operada por los teóricos de la primera generación soviética, la "reducción político-pragmática" operada por los partidos que trabajan dentro de la democracia burguesa o la "simplificación reduccionista" del diagnóstico de la situación actual del Estado democrático son posiciones ampliamente difundidas dentro del actual debate interno del marxismo (62).

Una de las manifestaciones más importantes del neopoliticismo contemporáneo, está dada por la tenden cia de quienes, renunciando a la tarea de fundamentar una posible dogmática alternativa o sustitutiva, pro pugnan un uso diferente a la dogmática tradicional, tenden te a dinamizar las contradicciones existentes en el sistema y de acelerar así el tránsito hacia for mas democráticas superadoras del orden burgués.

Se trata por tanto de un "uso alternativo" del derecho, concebido como propuesta teórico-práctica de utilización del derecho y las instituciones vigentes en una dirección emancipadora. Se trata -escribe M. Saavedra- de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídica alternativas a la cultura y a la práctica dominante, a fin de que, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico -y particularmente en el judicial- unos determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica social de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos a relaciones sociales de dominación (63).

Frente a la dogmática tradicional, los partidarios del neopoliticismo jurídico denuncian la pretendida objetividad y neutralidad del derecho y la ciencia jurídica. Se afirma así la primacía de la política como praxis emancipatoria frente al fetichismo del derecho escrito y su pretensión de afirmar una regulación justa de las relaciones sociales que encubra la dominación de clase. El Estado de la sociedad post industrial alienta en su seno una antinomia irresoluble a partir de sí misma: la que enfrenta a los principios de la teoría democrática afirmada por la revolución burguesa -expresada por ejemplo en las cláusulas constitucionales consagratorias del "principio de apertura de las decisiones" -con la doctrina del liberalismo económico -determinante, por ejemplo, de orientación garantista, pragmática e individualista de los códigos y leyes sustantivas-. Se trata, por tanto, de "reconducir la interpretación ju-

rídica progresista directamente al desarrollo de las contradicciones sociales, postulando la necesidad y la legitimidad de una praxis radical, volcada a la transformación de la sociedad (64).

La cuestión de la interpretación se sitúa, pues, en el primer plano de la atención. Lo que se pone en tela de juicio es el dogma de la apoliticidad y neutralidad de la función del jurista-intérprete. Toda interpretación es esencialmente política y como tal debe ser asumida por la ciencia. El juez y en general el jurista no son otra cosa que catalizadores de una estructura social radicalmente contradictoria. Su misión no puede sino cumplir dicha contradicción, con conciencia de que la utilización alternativa del derecho y las instituciones es un momento más en la lucha de clases. Todo intento de relegar al jurista-intérprete a una función puramente descriptiva de las relaciones en conflicto presentes a su consideración, o de limitar el ámbito de sus decisiones al del statu quo imperante, debe ser juzgado como una actitud políticamente comprometida con la conservación del orden recibido.

Al igual que el orden jurídico en que se produce, la decisión cobra el sentido de los valores que procura actualizar. El "uso alternativo" -escribe De Giovanni- no es otra cosa que el punto de vista de quienes están empeñados en un esfuerzo definido y organizador de construcción de un poder democrático, consciente de la crisis imperante y de sus posibili-

dades de cara a la transformación (65). No se trata -añade por su parte P. Barcellona de hacer la revolución con el derecho, sino de reconducir la interpretación jurídica progresista directamente al desarrollo de las contradicciones sociales, postulando la necesidad y legitimidad de una praxis social volcada a la transformación de la sociedad" (66).

El acento no recae ya en la naturaleza de la actividad interpretativa, sino en el uso que cabe dar a los instrumentos de la dogmática heredada. No se intenta, por tanto, la superación de los límites de ésta en su aspecto técnico, sino de revertir sus presuposiciones implícitas. Al igual que en el modelo dogmático, la decisión es el campo de expresión de la lucha de intereses y los conflictos ideológicos. No se trata, pues, de intentar racionalizar lo que es por esencia irracional; no se trata de reivindicar para la razón lo que la voluntad de poder ha convertido en producto de acciones y reacciones de fuerza. Lo contrario implicaría recaer en un moralismo jurídico como el que sirve de base ideológica al Estado burgués y a su plexo de libertades formales (67) Se trata, en definitiva, de que el Estado y la ciencia jurídica imperante asuman plenamente las contradicciones del contexto social y el alcance lógico de sus axiomas y teoremas de base. Si la decisión es, en sus contenidos y en su sentido, política, debe asumir tal condición en todas sus proyecciones a implicaciones. El jurista se

encuentra inevitablemente comprometido por sus circunstancias vitales y su respuesta no puede sino acusar una relación igualmente comprometida con los presupuestos ideológicos subyacentes al acto legislativo objeto de interpretación.

En la base de esta concepción opera la convicción de que los tribunales ejercen en las sociedades burguesas una doble función. En primer lugar, actúan como instrumento de regresión y control social institucionalizado, garantizando el orden establecido. En segundo lugar, operan como lo que en la terminología establecida por Althusser, podría denominarse "aparato ideológico del Estado" (68) En este segundo aspecto, la justicia actuaría como instrumento de inducción del consenso sobre los valores y las ideas de las clases dominantes. La propuesta de un "uso alternativo del derecho" intenta quebrar la lógica del sistema precisamente en este punto, propugnando un compromiso del jurista en sentido opuesto al que su extracción de clase y formación profesional lo indican.

Planteada en estos términos, la crítica neomarxista a la ideología de la interpretación heredada de la tradición dogmática, se concreta en una consagración de la ideología en la interpretación (69) En esto, ~~no difiere~~ sustancialmente del paradigma científico del positivismo, ya que la idea del carácter puramente instrumental del derecho y las instituciones

continúa siendo un presupuesto implícito no discutido. Bajo la opinión de que las instituciones son susceptibles de una interpretación políticamente condicionada y en un sentido hasta opuesto del origen, alientan ideas como las de la neutralidad valorativa del quehacer científico, la del juez como un servidor del orden establecido y la de la neutralidad frente a todo intento de desviar el sentido de la interpretación en función de presuposiciones ideológicas o preferencias personales. Lo que en última instancia se esboza como terreno de compromiso político es el ámbito de la decisión, puesto que es allí donde los instrumentos jurídicos, axiológicamente neutrales, son enfocados en una dirección inequívocamente políticas. No por ello queda saldada la cuestión pendiente de la decisión ni la necesidad de una relación satisfactoria entre teoría y praxis.

La función del jurista-intérprete trasciende el ámbito de la política para proyectarse en un sentido claramente partidista. A través de su compromiso militante en la tarea de transformación estructural de su sociedad, asume como propias las contradicciones del sistema, al menos tal como las mismas quedan representadas subjetivamente en el marco de su ideología personal. En este punto, el empeño alternativista recibe un posible apoyo adicional en la moderna revalorización de la función del prejuicio (70). Si la acción y el conocimiento quedan orientados nor-

mativamente por una especie de "precomprensión" o convencimiento previo del agente, social e históricamente determinado, es posible entonces pensar a la decisión del jurista-intérprete como una expresión de una justicia de clase y, en este sentido, como una justicia de parte.

La crítica no va dirigida, pues, contra las inconsecuencias del neutralismo valorativo profesado por la dogmática, sino en favor de una asunción decidida de las mismas, procurando su instrumentalización en favor de una opción política definida. Con ello, la raíz voluntarista del paradigma dogmático se ve proyectada hasta el límite de su lógica interna. "Interpretar" es reconocer un sentido que viene dado en la norma, como un dato o respuesta anticipada de modo general por el legislador, desde sus propias opciones ideológicas. "Aplicar" es plasmar en la realidad el compromiso del jurista para con la sociedad en que vive, asumiendo plenamente sus contradicciones y las de la estructura institucional vigente.

El acento no recae, pues, en los instrumentos de la teoría disponible, sino en la posibilidad de imprimir a su uso una dirección inversa a la que resulta de sus presuposiciones ideológicas de origen. "El papel alternativo que los magistrados democráticos quieren cumplir en contraposición a los módulos

tradicionales de la justicia de clase -escriben Accattatis, Ferrajoli y Senese- se funda en una elección consciente del campo de contenido político opuesto a la que informa la jurisprudencia burguesa de inspiración autoritaria o reformista-racionalizadora: una opción no más politizada, sino politizada en sentido contrario y distinto, es decir, orientada no a la defensa y al servicio del sistema capitalista vigente, sino a la emancipación de las clases oprimidas" (71). Los límites de esta actitud -explica Ferrajoli-" no son límites de derecho, sino de hecho; no de legitimación jurídica sino de poder político. No consisten en obstáculos de naturaleza lógica o técnica, sino en las resistencias que el poder constituido organiza necesariamente para su conservación" (72).

Para la posición reseñada, ortodoxia jurídica y praxis política constituyen dimensiones paralelas y al mismo tiempo inconciliables. Un sistema jurídico no es otra cosa que un conjunto de soluciones particulares a problemas concretos de la clase dominante en un momento histórico determinado. Ante esto, "la genérica propuesta de utilización política del derecho no significa un modo diverso de dicere ius en la práctica, ni una mutación en la forma de argumentar la solución de una cuestión o problema social determinado, sino que se traduce fundamentalmente en privilegiar determinados sectores normativos o conceptos integrantes del conjunto de normas que constituyen el ordena-

miento jurídico" (73).

Las distinciones tradicionales de la dogmática entre derecho y política, ciencias y técnica, legislación y jurisdicción, objetividad y subjetividad e interpretación y aplicación quedan superadas en un planteamiento radical que intenta una solución a los problemas de la fundamentación racional de la decisión a través de la eliminación del primero de los términos. Frente al carácter esencialmente político de la interpretación -se insiste- caben sólo dos alternativas: o bien se reiteran los tópicos formalistas de la autonomía de la esfera jurídica y, consiguientemente, de la posibilidad de una ciencia no contaminada de elementos valorativos, o bien se acepta de derecho la naturaleza política de la actividad jurisdiccional. En el primer caso, se ejercerá de hecho una función igualmente política de conservación del orden vigente -sea cual sea el sentido ideológico o político de éste-. En el segundo, se abre al menos la posibilidad teórica y práctica de una respuesta comprometida a las necesidades de la transformación social (74)

5. Sobre la crisis de las presuposiciones implícitas

Con la postulación de un "uso político" del derecho culmina el proceso de desenvolvimiento lógico de las premisas iniciales de la idea positivista de la ciencia. Reconocida la decisión afirmadora de intereses de clase -esto es, de parte- como centro de gravedad de la teoría, los resultados obtenidos contradicen ya abiertamente el punto de partida inicial. La separación es entre legalidad externa y moralidad subjetiva (Kant). Estado y sociedad civil (Hegel), historia y sistema (Sevigny), economía y política (A. Smith), interpretación y aplicación (Ihering), no son otra cosa que reflejos de la estrategia epistemológica del positivismo y de sus axiomas y teoremas de base. La situación no puede ser interpretada, en consecuencia, de otro modo que bajo el signo de la crisis.

Crisis -como se ha visto- del paradigma de ciencia normal hegemónico a partir de la crítica del historicismo al iusnaturalismo racionalista, pero crisis también de las presuposiciones implícitas de la teoría. Soslayadas éstas en el curso del análisis precedente, se impone sin embargo una referencia a aquéllas que se refieren a la visión del Estado y la sociedad subyacente a las elaboraciones de la dogmática, en la seguridad de que como escribe Weber, la creencia en el valor de la verdad científica no deriva de

la naturaleza, sino que es un producto de culturas definidas. Si esto es así la existencia de nuevos modos de resolver el problema de la integración entre sociedad, política, economía y cultura implicará, necesariamente, una modificación correlativa en el cuadro de las teorías científicas consideradas como paradigmáticas en un momento determinado. Toda construcción científica supone un complejo de suposiciones tácitas y limitaciones institucionales - (75).

Ante todo, resulta evidente que las ideas acerca del Estado como mecanismo de garantía de la libertad civil y como instancia reguladora de los flujos espontáneos de la vida social - presente, sin duda, en las obras de base de la dogmática - ha experimentado modificaciones profundas. Al Estado garantista ha sucedido el Estado Asistencial, comprometido en tareas de promoción efectiva de necesidades comunitarias. La primacía de las normas de organización, la aparición de nuevas zonas de fines sociales, referidas a la casi totalidad de posibles objetivos existenciales, la crisis al parecer fundamental de los mecanismos de legitimidad democrática y la creciente importancia de los aspectos funcionales de la legitimación, son temas que amplían el ámbito de la experiencia jurídica sin que sea perceptible una modificación correlativa de las herramientas conceptuales tradicionales. Aún teniendo en cuenta que el panorama del Estado hacia mediados del

siglo XIX dista seguramente de ofrecer los rasgos de una edad de oro de las libertades económicas y personales (76), lo cierto es que la teoría del ordenamiento y de las normas jurídicas que dan cuerpo a la concepción dogmática del saber jurídico parten de una idea del Estado como organismo represivo-protectivo de la sociedad, cuya capacidad para continuar constituyendo el tipo ideal de los análisis de los juristas está lejos de verse comprobada en los hechos.

La idea que de un modo no excesivamente convencional podría denominarse "liberal" del Estado reposa sobre la conjugación de dos dicotomías. Por un lado, se trata de una dicotomía de carácter externo, que enfrenta a los conceptos de "Estado" y "sociedad civil", por otro, un punto de vista interno enfrenta a los llamados "poderes" del Estado entre sí. Sobre estas bases se elabora la noción de autonomía, relativa al Estado, a la sociedad civil, al individuo y en general al resto de las fuerzas concurrentes en la vida económica y social (77) A partir de Hegel, la esfera del Estado no solamente se separa de la dimensión "civil" de la vida social, sino que asume a su vez una suerte de monopolio de la idea de politicidad. Lo social se opone así a lo político, y en el fondo de esta conceptualización propia del lenguaje jurídico moderno, late la ruptura con la tradición política occidental que, hasta la época del historicismo, continuó designando al Estado como "sociedad civil", por entender a la vida civil como

"política y a lo político, a su vez, como comprensivo de los económico y lo social en su conjunto (78).

La transcripción de las transformaciones de las realidades y formas del lenguaje político moderno al ámbito específico de la ciencia del derecho (79) será operada básicamente por Savigny, sobre todo en los capítulos metodológicos del Sistema (80).

En la visión del liberalismo clásico, el derecho es ante todo un conjunto de instituciones que operan en sentido negativo, es decir estableciendo una zona de comportamientos prohibidos en beneficio de la coexistencia de ciertas esferas de libertad individual de contenido indefinido. Su función es básicamente protectiva, garantizadora y equilibradora. Una expresión típica de este afán científico puede ser la teoría liberal de la norma penal, según la cual la misma se estructura bajo la forma de un juicio hipotético que vincula supuestos de hecho con consecuencias jurídicas a través de relaciones de imputación. La teoría del silogismo judicial, la distinción entre interpretación y aplicación del derecho, la idea del valor meramente declarativo de la sentencia, son otras tantas consecuencias lógicas del paradigma hegemónico.

Con el paso del Estado liberal -dotado de un sentido ideológico referido a la estructura- al Estado social -dotado de un sentido primordialmente funcio

nal- se plantea el problema de las funciones del derecho en una sociedad en la que el protagonismo de la institución estatal es creciente. Como afirma García Pelayo, el Estado social significa históricamente el intento de adecuación del Estado tradicional -por el que debe entenderse al Estado liberal- a las condiciones sociales de la moderna sociedad post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas. En tanto que el Estado liberal se presenta como una organización racional, orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de una estructura vertical de relaciones de supra y subordinación, garantizada por el ordenamiento jurídico, que se apoya en un orden espontáneo y racional de la realidad social, el Estado Social, "parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado, hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc, puede neutralizar los esfuerzos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado (81). El Estado asume así una función de estructuración de la sociedad, a todos los niveles. Estado y sociedad no aparecen, desde esta perspectiva, como dos sistemas separados y autorregulados, sino como partes de un sistema más amplio, orientados por principios y finalidades diversas aunque complementarias, relativas a una responsabilidad general por la "procura existencial" (82) del

cuerpo social en su totalidad.

Las transformaciones apuntadas tienen su correlato en la idea del derecho. Como anota D. Bell, la teoría liberal del derecho, tal como fue codificada por Kant, presenta al menos dos postulados fundamentales: la racionalidad formal del derecho y su distinción radical respecto a la moral (83) El primero implica la consideración del derecho como un instrumento procesal, derivado a su vez de la idea de la sociedad civil como esfera autónoma en la cual el objetivo de eficiencia en la satisfacción de las necesidades sitúa a los valores económicos en primer grado y en situación de primacía respecto a los valores políticos. Por tal motivo, la ley y las instituciones apuntan a consolidar un mecanismo de protección de la igualdad formal de los competidores, por naturaleza calculable, racional, objetivo y general. La distinción separadora entre derecho y moral no es, por su parte, un resultado derivado únicamente de fuentes filosóficas -la autonomía de la voluntad y la ley moral- o históricas -la experiencia disgregadora de las guerras de religión, base de la necesidad de evitar la imposición de creencias privadas a través de la coacción jurídico-institucional-, sino que apunta a garantizar la distinción radical entre el ciudadano público y la persona privada.

Con la autonomía de los objetivos y funciones

sociales respecto a otras esferas de normatividad, se abre la posibilidad de una crisis de la legitimidad. "Los criterios de racionalidad -escribe Luhman- y las expectativas de comportamiento de un cierto ámbito de funciones no son ya congruentes con las de otros subsistemas sociales. Surgen conflictos de roles que no pueden ya ser resueltos a través de un catálogo unitario de prioridades, universalmente reconocido. Convicciones comunes, naturaleza de las cosas, verdad, tradición, pasan a ser discutibles como principio de justificación, al tiempo que pierden fuerza sus instrumentos clásicos de argumentación. Todo ello radicaliza la necesidad de una motivación de la legitimidad de la decisión política" (84) La idea moderna de la representación como libre expresión de motivaciones e intereses individuales es tal vez el resultado más importante de este proceso de secularización de las estructuras y de autonomización de la sociedad respecto al Estado.

En lo que se refiere a la dogmática, los datos relevantes del contexto social hacia su época de formación, son básicamente similares a los señalados por Gouldner en el ámbito de la sociología. A su juicio, la desaparición de los viejos mapas sociales correspondientes al antiguo régimen presentaba en la Europa de la Restauración al menos tres aspectos:

- a) La atenuación de la imagen tradicional del or-

den social, de los tipos específicos de identidades sociales por él establecidos, de los objetos que había valorado y de sus relaciones mutuas.

- b) El fracaso de las fuentes tradicionales de trazado autoritativo de mapas sociales, especialmente al debilitarse la influencia social de la Iglesia.
- c) El problema de los métodos para elaborar mapas sociales (85).

Toda la empresa del constitucionalismo y la -codificación es un resultado de esta situación, que opera como supuesto subyacente de las elaboraciones teóricas del positivismo científicos. Las ideas de Savigny en torno al contenido y -funciones sociales del derecho científico, vertidas sobre todo en sus escritos programáticos de 1814-1815 deben considerarse en este sentido como precursoras de lo que será programa científico acabado en las páginas metodológicas de -Ihering. La ciencia será para ellos la nueva -forma de trazar mapas sociales: sólo la certi--dumbre y "objetividad" de sus proposiciones y -métodos sería capaz de proporcionar una alternativa suficiente para una sociedad que busca nuevos principios de legitimación.

El esfuerzo teórico de la dogmática girará, en consecuencia, en torno a la idea de sistema. Toda costumbre, institución o relación de derecho cobra sentido en tanto y en cuanto su inserción en el sistema total le adjudica, a su vez, una función. El funcionalismo es así un presupuesto latente del positivismo, cuya falta de explicitación obedece seguramente a los mismos factores que explican la ausencia de una conciencia efectiva de la tradición histórica y filosófica de sus conceptos fundamentales en el positivismo. La dogmática procura, precisamente, el establecimiento de un nuevo catálogo unitario de prioridades, apto para ofrecer una base de justificación a la decisión, y que reconoce a la ciencia como última instancia fundamentadora. El intento de Kelsen de lograr una teoría jurídica "pura", ajena a toda posible contaminación ideológica no puede juzgarse como desentendido del propósito de ofrecer "una ciencia objetiva del derecho y el Estado con alguna posibilidad de asentimiento general" (86) y capaz, por tanto, de ofrecer bases sólidas a la técnica social, al igual que las ciencias de la naturaleza, que "si lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía mucho más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar" (87).

Con el advenimiento de la sociedad de masas y el protagonismo del Estado Social, las presuposicio-

nes a que se ha hecho referencia experimentan modificaciones trascendentales, y presionan sobre la propia contextura de la teoría.

La "separación de ámbitos" a que alude D. Bell refiriéndose a las relaciones entre los órdenes técnico-económico, político y cultural (88) proporciona un dato sociológico de valor inapreciable para un diagnóstico del Estado actual de la teoría jurídica y particularmente de la cuestión hermenéutica. Las tensiones de la moderna sociedad de masas reconocen un condicionamiento estructural en tensiones aún más profundas que enfrentan a la estructura social -principalmente técnico-económica- de índole burocrática y jerárquica, con un orden político que profesa el igualitarismo y la participación, y con una cultura que tiende hacia el reforzamiento y realización del yo y de la persona "total". Las ideas actuales de alineación, despersonalización, anomia y crisis de autoridad aluden, al margen de su posible carga ideológica, a aspectos parciales de un mismo fenómeno. La disyunción actual entre orden social, orden político y orden cultural ha abierto la posibilidad de tensiones hasta ahora desconocidas, que imponen al derecho y a la ciencia jurídica un protagonismo en tal proceso de cambio.

En un sentido general, puede afirmarse que el derecho adquiere nuevamente el carácter de instrumento configurador de la realidad que le cupo en el cons

titucionalismo y la codificación. Al derecho como instrumento de control social, de definición de los perfiles de un orden institucional dado -que es menester consolidar- y de transmisión de una tradición político-cultural, sucede una visión del derecho como instancia creadora de nuevas relaciones sociales.

La idea presupuesta por el paradigma científico de la dogmática del derecho como un sistema cerrado, hermético, autosuficiente y estable, presupone una visión de la realidad social como sistema estable y equilibrado, capaz de integrar las conductas divergentes mediante sus propios mecanismos internos de adaptación. Un análisis del Estado moderno y la sociedad de masas sugiere, en cambio, la idea de la sociedad como un sistema abierto, en el que el subsistema jurídico opera como una pauta flexible y en transformación permanente. Como indica Bobbio, el derecho deja ya de presentarse como una totalidad de reglas ya puestas, apareciendo como un conjunto de reglas a proponer y reproponer constantemente. Aún más, la ciencia jurídica desplaza su interés desde las reglas -esto es, desde las valoraciones de los hechos sociales que las mismas implican hacia los hechos sociales mismos de los que las reglas son valoraciones (89) Al jurista como transmisor fiel de un cuerpo recibido de reglas, sucede la imagen del jurista como creador él mismo de reglas destinadas a transformar -integrando, renovando o aún subvirtiendo- el

sistema social. Si la idea de interpretación -tal como es concebida en la tradición científica del positivismo- resulta típicamente expresiva de la primera imagen del jurista, es la idea de investigación como hallazgo la que mejor sintetiza el sentido de las tareas del jurista en la acepción renovada.

La concentración de poder y especificación de funciones esenciales al Estado Social constituyen un fenómeno que trasciende el marco de las presuposiciones implícitas de la dogmática. La idea de "racionalidad instrumental" se ve desbordada con la superación del esquema clásico de la norma como proposición hipotética y la primacía creciente del sistema de normas técnicas o "de organización" (90), que tienden al reforzamiento de fines socialmente valiosos. Queda cuestionada así la concepción del derecho como técnica de control social caracterizada por la organización de un aparato coactivo, idea fundamental que subyace a la Reine Rechtslehre.

Agotada la concordancia práctica de opiniones en torno a las presuposiciones implícitas de la teoría disponible, el dogmatismo de la ciencia madura revela toda su indigencia. Vuelven a plantearse, de modo reiterado, los interrogantes de fondo que presidieron la constitución de las ciencias sociales en la modernidad. Cómo asegurar un acceso en profundidad a la realidad integral de lo humano, sin renunciar por

ello al rigor metódico prometido por el paradigma científico del positivismo. Si la idea misma de "razón instrumental" presupone ya fines que están dados de antemano y que, en tal sentido, escapan al control metódico de la razón, ¿de qué vale, en última instancia, reflexionar racionalmente acerca de los medios, si los fines a que están orientados son en sí mismos irracionales? (91) La cuestión acerca de la fiabilidad racional del discurso práctico reconquista así el centro de las preocupaciones de la ciencia. Si el vocablo "revolución" es revestido de sus significación originaria, la renovación del interés por lo que constituye la tradición más genuina de la ciencia jurídica anuncia, tal vez, el esfuerzo de la comunidad científica hacia una modificación sustancial de las condiciones que la definen.

NOTAS

- (1) VOLPE, G: L'ingiustizia delle leggi, cit. p. 2.
- (2) La ciencia como vocación, cit. p. 92.
- (3) Op. cit. p. 231.
- (4) VOLPE, G: Op. Cit. p. 3.
- (5) Para una caracterización general del movimiento, cfr. MANICK, A: Savigny und der Modernismus in der Rechtswissenschaft. Berlín, 1914; LOMBARDI VALLAURI. L. Saggio sul diritto giurisprudenziale, cit, pp. 201 y ss; LARENZ, K: Op. Cit. pp. 75-84; VOLPE, G: L'ingiustizia delle leggi, cit. pp. 23 y ss.
- (6) LOMBARDI VALLAURI, L: Op. Cit. pp. 357 y 325
- (7) HORIA, V: Introducción a la literatura del siglo XX. Ensayo de epistemología literaria, Madrid, 1976, p. 23.
- (8) ROSSI, P: Introducción a WEBER, M: Ensayos de metodología sociológica, cit. pp. 12-14.
- (9) VOLPE, G: Op. Cit. p. 35.
- (10) WEBER, M: Economía y sociedad, cit. I, p. 7.
- (11) HABERMAS, J: Prassi politica e teoría critica della società, cit. p. 83.
- (12) Kelsen, Teoría general del Estado, cit. p. VIII.
- (13) Así lo sostiene recientemente CALSAMIGLIA, A: Op. Cit. p. 7. y Prólogo a Kelsen, H: Compendio de teoría general del Estado. Trad. L. Recaséns y J. de Azcárate. Barcelona, 1979, p. 7.
- (14) Sobre esto, cfr. LEGAZ LACAMBRA, L: Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena. Barcelona, 1933, pp, 139-151; en el orden de las influencias fundamentales debe destacarse la

ejercida por el movimiento del derecho libre, estudiada especialmente por LOMBARDI VALLAURI, L: Op. Cit. p. pp.362-366, quien llega extender dicha filiación doctrinal a figuras como Bobbio, Hart, Virally, Ros y Scarpelli. Sobre las fuentes doctrinales de la teoría pura, cfr. asimismo, WALTER, R: El Estado actual de la teoría pura del derecho y METALL, R: Hans Kelsen y su escuela vienesa de la teoría del derecho, ambos incluidos en SQUELLA, A (ed): Hans Kelsen (1881-1973). Estudios y ensayos en su homenaje. Valparaíso, 1974, pp. 327-362 y 21-28 respectivamente.

(15) KELSEN, H: Teoría general del Estado, cit. p. IX.

(16) En el completo JANIK, A y TOULMIN, S: La Viena de Wittgenstein. Madrid, 1974, Kelsen sólo es mencionado en tres ocasiones y de modo superficial. Cfr. pp. 16, 167 y 305. Idem SCHORSKE, C: Fin de siècle, Vienna. Politics and Culture. New York, 1980.

(17) JANIK, A y TOULMIN, S: Op. Cit. p. 149.

(18) JACOB, P (ed) De Vienne à Cambridge. L'heritage du positivisme logique de 1950 à nos jours, Paris, 1980, particularmente su introducción -Comment peut-on ne pas être empiriste?- p. 11.

(19) KELSEN, H: Prólogo a la ed. esp. de El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. Trad. L. Legaz. Madrid, 1933, pp. 7 y 8.

(20) Reine Rechtslehre, cit. p. 15.

(21) Reine Rechtslehre, cit. p. 1.

(22) Prólogo a Hauptprobleme der Staatslehre. Tübinge, 1910, p. V.

(23) Teoría pura del derecho cit. p. 163.

(24) Op. Cit. p. 165.

(25) Op. Cit. p. 170.

(26) DWORKIN, R.M. No right answer? cit. p. 59.

(27) KELSEN, H: Law and logic, en Essays in legal and moral philosophy. Dodrecht-Boston, 1973, p. 231

(28) Cfr. LOSANO, M: Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen, en RIFD, 3/4 (1968), pp. 528-529.

(29) Reine Rechtslehre, cit, pp. 346-347.

(30) Reine Rechtslehre, cit. p. 349.

(31) Reine Rechtslehre, cit. p. 349.

(32) Reine Rechtslehre, cit. p. 351.

(33) Reine Rechtslehre, cit. p. 351.

(34) Para una crítica de dicha posibilidad, cfr. VIOLA, F: H. Kelsen e l'interpretazione delle norme, en VIOLA, F. VILLA y URSO M: Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica, Palermo, 1974. pp. 83-84; VIOLA, F: Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge. Palermo, 1975, pp. 80-84, GAVAZZI, G: L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen, en RIFD, 1957, p. 227 y el importante CAIANI, L: I giudici di valore nell'interpretazione giuridica. Padua, 1954, p. 281.

(35) Al respecto, cfr. Reine Rechtslehre, cit. p. 350.

(36) CALSAMIGLIA, A: Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, cit. p. 192. La afirmación debe ser matizada, de acuerdo con Reine Rechtslehre, cit. pp. 346 y ss. En sentido similar, PARESCE E: Op. Cit. p. 362 y JORI, M: Il metodo giuridico tra scienza e politica. Milán, 1976, pp. 55-60.

(37) Reine Rechtslehre, cit. espec. pp. 202, 208-209. En general, PECZENIK, A: On the nature and function of the Grundnorm, en VVAA: Argumentation in legal science, cit. pp. 193 y ss.

(38) Así, por ej. KELSEN, H: The foundations of the theory of natural law, en Essays in legal and moral philosophy, cit. p. 113. Asimismo, On the concept of norm, en op, cit. pp. 218 y 222 y Law and logic, op. cit. pp. 237 y 241.

(39) VOLPE, G: Op. Cit. pp. 123-124

(40) ROSS, A: Sobre el derecho y la justicia (Trad.G. Carrió Buenos Aires, 1963, p. 290. Para lo que sigue cfr. ZULETA PUCEIRO: Sobre la función política del jurista-intérprete cit y Aspectos actuales de la teoría de la interpretación. Valparaíso 1980, cap. IV pp. 39-42.

(41) ROSS, A: Op. Cit. p. 292

(42) Según el motivo fundamental de su escrito programático Towards a realistic jurisprudence (A criticism of the dualism in law) Copenhagen, 1946 (ed. española, Buenos Aires, 1961, sobre todo, p. 17).

(43) ROSS, A: Op. Cit. p. 310. Propone el ejemplo del científico atómico, quien no está obligado a afirmar el valor en sí de la producción de bombas atómicas, como tampoco el estudiante de medicina a admitir expresamente el valor de preservar y salvar la vida humana. Su ciencia es puramente objetiva e hipotética: dados ciertos fines, el conocimiento resultante aparece como operativo respecto a los mismos.

(44) ROSS, A: Op. Cit. p. 313.

(45) Op. Cit. p. 313.

(46) Op. Cit. p. 327.

(47) Op. Cit.

(48) Op. Cit. p. 328.

(49) Op. Cit. p. 150.

(50) Op. Cit. Cfr. sobre todo el importante cap. XIV, pp. 289, 292, 300, 304, 308. Asimismo, las observaciones críticas de URSO, M. en VIOLA, F., VILLA, V. y URSO, M. Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica. cit. p. 97.

(51) URSO, M: Op. Cit. p. 98.

(52) En su Derecho, desobediencia y justicia, A. SQUELLA apunta el parentesco entre la teoría pura y las posturas

de Ross. Estas -subraya el prof. Squella- "participan también del escepticismo metafísico de Kelsen y, por tanto, de la vehemente insistencia en separar el fenómeno jurídico y la moral, puesto que entre el desgarró entre la conciencia moral y la vocación científica propia de todo jurista, éste no debe claudicar una en obsequio de la otra, sino esforzarse en su distinción, pues tal es el único modo de mantener la identidad y la integridad, tanto de la vocación científica como de la conciencia moral. Op. Cit. Valparaíso, 1977, p. 341.

(53) HART, H.L.A. Derecho y moral. Contribuciones a su análisis. Buenos Aires, 1962, p. 26.

(54) ROSS, A: Op. Cit. p. 290.

(55) Op. Cit. p. 291.

(56) HERNANDEZ GIL, A: Metodología de la ciencia del derecho, cit, I. pag. 337.

(57) HERNANDEZ GIL, A: Op. Cit, p. 349.

(58) PASUKANIS, E: Teoría general del derecho y marxismo. Barcelona, 1976, p. 33. Cf, asimismo textos de pp. 34, 61, 117 y 123.

(59) STUCKA, p.I. La función revolucionaria del derecho y el Estado. Barcelona, 1974, p, 265. Asimismo, p. 284, 152 y 153. Para un panorama general de las ideas de la generación fundacional del derecho soviético, cfr HERNANDEZ GIL, A: Op. Cit. II. pp. 51-98 y CERRONI, U: El pensamiento jurídico soviético. Trad. V. Zapatero, Madrid, 1977. pp. 49 y 104. Para un análisis documentado de las tesis de fondo. STOYANOVITCH, K: La pensée marxiste et le droit Paris. 1974, espec. caps.1-4 y MASSINI, C.I. Sobre justicia y marxismo, en Boletín de Ciencias Políticas y Sociales. Mendoza, 24 (1979). pp. 7-24. Asimismo, su trabajo anterior, Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx. Buenos Aires, 1976.

(60) CERRONI, U. Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese, en BARCELLONA, P)comp.) L'uso alternativo del diritto. Bari, 1973, I,

p.3. cfr. también su ¿Existe una ciencia política marxista? en VVAA: El marxismo y el Estado. Barcelona, 1977, pp. 73 y ss. En sentido concordante, BOBBIO, N: ¿Qué socialismo?. Barcelona, 1977, p. 33; POULANTZAS, N: El problema del Estado capitalista, en su Sobre el Estado capitalista. Barcelona, 1977, pp. 130-131, y en el Prefacio a VVAA: La crisis de l'Estat. Paris, 1976, más matizado y desarrollado en Estado, poder y socialismo, cit. pp. 16-19.

(61) BOBBIO, N: ¿Existe una doctrina marxista del Estado?, en VVAA, El Marxismo y el Estado, cit. pp. 27-28.

(62) CERRONI, U: ¿Existe una ciencia política marxista?, cit. pp. 73-76.

(63) SAAVEDRA, M: Interpretación jurídica y su alternativo del derecho, en LOPEZ CALERA, N., SAAVEDRA LOPEZ, M. e IBAÑEZ, P.A. Sobre el uso alternativo del derecho. Valencia, 1978, p. 40. Asimismo, se han desarrollado estos puntos de vista, en sentido crítico, en ZULETA PUCEIRO, E: Los factores políticos en la interpretación del derecho, cit. pp.1-7; Marxismo y neopoliticismo jurídico, Comunicación al Congreso Mundial de Filosofía Cristiana. Córdoba, 1979, en Verbo, Madrid 183-184 (1980). pp. 319-328; Droit et politique. A propos de la place des ideologies dans l'interpretation du Droit, comunicación al IV Congreso de la IVR. Basilea, 1979 (en curso de edición).

(64) BLANKE, Th: Interpretazione alternativa del diritto del Lavoro, en BARCELONA, P (comp) Op. Cit., I, p. 19.

(65) DE GIOVANNI, B: Significato e limiti del "riformismo giuridico", en Op. Cit. I, p. 267.

(66) BARCELLONA, P: Introduzione, a Op. Cit. I, pp. XXII y XXIII.

(67) Debe recordarse la idea expuesta por Marx en carta a Ruge en 1843 de que frente a la irracionalidad de las condiciones sociales existentes, la tarea de la crítica pasa por una asunción de los contenidos utópicos inherentes al proyecto revolucionario de la burguesía, puesto que es a partir del conflicto interno en el Estado moderno cuando puede desarrollarse la verdad social en toda su amplitud. "La

razón -escribe Marx- ha existido siempre, sólo que no siempre de forma sensata", cfr. ed. K. MARX (H.J. Lieder ed) Darmstadt, 1962, I, p. 448. Asimismo el comentario que a este texto agrega WELLMER, A: Teoría crítica de la sociedad y positivismo. Barcelona, 1979, pp. 89-90. También el ya clásico BLOCH, E: Droit naturel et dignité humaine. París, 1976, part. pp. 208-212.

(68) ALTHUSSER, L: Escritos. Barcelona, 1974, pp. 184 y ss. Es de interés asimismo SENESE, S: Aparato judicial y lógica del sistema, en VVAA: Política y justicia en el Estado capitalista (P.A. Ibáñez ed) Barcelona, 1978, pp. 154-159.

(69) Según una distinción propuesta por VIOLA, F: Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana, en VIOLA, F., VILLA, V y URSO, M: Op. Cit. p. 173.

(70) Sobre todo el pensamiento de GADAMER, H.G: Op-Cit. pp. 344-370. En el terreno de la teoría jurídica, los avances más significativos en este punto corresponden a ESSER, J: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt, 1972, caps. III y IV. y Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, Cit.

(71) ACCATTATIS, V, FERROJOLI, L y SENESE, S: Por una "magistratura democrática", en IBÁÑEZ, P.A. (ed) Política y justicia en el Estado capitalista. Barcelona, 1978, p. 132.

(72) Intervención, en L'uso alternativo del derecho, Cit. II, p. 292.

(73) BARCELLONA, P. La formación del jurista en BARCELLONA, P., HART, D. y MUCKENBERGER, La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica. Madrid, 1977, p. 29.

(74) ZULETA PUCEIRO. Droit et politique cit. p. 4.

(75) MERTON, R.K. La ciencia y el orden social, en Sociología de la ciencia. Madrid, 1977, II, p. 339.

(76) En su Ipotesi sul diritto privato, S. RODOTA observa que los estudios más recientes de historia económica tienden a señalar la intensidad de la intervención de los poderes públicos en dominios que por su "naturaleza" privatística

podrían suponerse reservados a la esfera de la autonomía privada. Este habría sido un fenómeno típico de Italia, Francia, Inglaterra y Estados Unidos, países en los que cabe hablar de un "uso fuerte y positivo del derecho" con vistas a la promoción de las condiciones indispensables para el desenvolvimiento de las condiciones que la actividad económica privada. Op. cit, en ; Il diritto privato nella società moderna Rodotà, S (ed) Bólonia, 1971, p. 16.

(77) Cfr al respecto el análisis de MIAILLE, M: L'Etat du Droit. Grenoble, 1978, pp. 87-88, quien ve en la autonomía del Estado respecto a la vida económica la forma jurídica adecuada a la formación de un dominio de la burguesía en el estudio del capitalismo concurrencial. La tesis, no ciertamente original dentro de la tradición marxista ha sido desarrollada recientemente por POULANTZAS, N: Estado, poder y socialismo. Madrid, 1979, del cual interesa particularmente el análisis dedicado a la materialidad institucional del Estado -pp 59, 60, 97-108-.

(78) El tema es recobrado hoy especialmente en el ámbito de la ciencia política. Cfr. por ej. RIEDEL, M: Hegel fra tradizione e rivoluzione. Bari, 1975, especialmente pp. 133-135, dedicadas al análisis de la génesis histórica del concepto de "sociedad civil".

(79) Como material sugestivo al respecto, RIEDEL, M: Metafísica y metapolítica. Buenos Aires, 1976, espec. Vol I dedicado a estudios sobre Aristóteles y el lenguaje político de la filosofía moderna.

(80) ZULETA PUCEIRO, E: Savigny y la teoría moderna de la interpretación, cit. p. 211.

(81) GARCIA PELAYO, M: Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid, 1977, p. 23.

(82) El concepto no queda limitado a la idea de cobertura de necesidades económicas y sociales generales y mínimas, sino que se extiende a la totalidad del cuerpo social, en función de una suerte de "menesterosidad social" en sentido amplio. Op. Cit. pp. 26-27.

- (83) BELL, D: Las contradicciones culturales del capitalismo. Madrid, 1977, p. 257.
- (84) LUHMAN, N: Stato de diritto e sistema sociale. Nápoles, 1978, p. 34.
- (85) GOULDNER, A.W.: The coming crisis of western sociology Nueva York, 1970 -se utilizará la versión esp. de Buenos Aires, 1973, espec. p. 96-.
- (86) KELSEN, H: Teoría pura del derecho, cit, p. 14.
- (87) Op. Cit. p. 13.
- (88) BELL D: Op. Cit. p. 26.
- (89) BOBBIO. Op. Cit. p. 50.
- (90) Sobre el alcance de este punto, BOBBIO. Op. Cit. p. 55.
- (91) En tal sentido HÖFFE, O: Estrategias de lo humano, Cit. pag. 238.

EPILOGO

PERSPECTIVAS DE LA RAZON PRACTICA

1. Eclipse de la razón

Con la quiebra de la concordancia práctica en las presuposiciones implícitas de la teoría, la fe en las posibilidades de la ciencia para abrir una era de paz y libertad ha recibido el duro mentís de los hechos. La "inclinación unilateral del trabajo científico hacia una de las posibilidades que se le presentaban" (Kelsen) hacia las primeras décadas del siglo, dista de haber concretado el ideal de una ciencia neutral a las tensiones axiológicas y a las exigencias de la práctica. La irrupción del irracionalismo en la teoría jurídica ha significado, en cambio, el agotamiento de la lógica interna del paradigma dogmático y la radicalización de sus contradicciones y ambigüedades de base. Cuestionada en sus fundamentos la posibilidad de la ciencia para su suministrar criterios para el obrar, el aislamiento del saber jurídico respecto a las tensiones sociales no es sino un aspecto parcial de la crisis de una actitud para la que todo lo humano parece ser metódicamente ajeno. Una conocida frase de Einstein expresa con dramatismo la situación expuesta: "El

que se acepte la extirpación del género humano de la tierra como un fin, no puede ser refutado por motivos racionales" (1).

La afirmación podrá mover a la rebeldía, aunque difícilmente conmoverá la impecable consecuencia lógica de la conclusión respecto a sus premisas de origen. Desde la reducida noción de la "racionalidad" postuladas por el positivismo científico, la No-right-answer thesis veda cualquier posibilidad de acceso de la razón al ámbito del obrar. Los costes del ideal de una "ciencia unificada", aséptica y libre de compromisos estimativos parece haber sido, en el caso de la ciencia jurídica, demasiado alto. A la carencia de una lógica del descubrimiento científico, a los excesos del formalismo y a la ausencia de una teoría cabal de la decisión, suma la dogmática su situación de soledad científica y cultural dentro del panorama general de las ciencias humanas.

Ante esta evidencia, la comunidad científica parece escindirse en actitudes divergentes. Por un lado, y en relación de claro predominio, la procesada por los satisfechos: todos aquellos que -en expresión de A. Hernández Gil- (2) se inclinan por el conformismo hacia al paradigma heredado, bien sea por considerar que el saber jurídico ha desarrollado exhaustivamente sus posibilidades de progreso, bien porque, en radical oposición respecto

al presente, buscan en el retroceso hacia la prehistoria de la ciencia jurídica un refugio ante la incertidumbre. Por otro lado, los insatisfechos: los que partiendo de una conciencia de las limitaciones de lo disponible, buscan abrir cauces superadores, en la seguridad de que las renovaciones experimentadas en otros campos de saber ofrecen posibilidades adaptativas de interés para una ciencia crecientemente desvitalizada. La historia de la ciencia -observa Hernández Gil- no conoce el repliegue. "Puede haber cambios de rumbo en el proceso cognoscitivo, crisis de fundamentos y situaciones de incertidumbre. Sin embargo, la marcha atrás, la involución, la resignación y la renuncia, son incompatibles con la propia estructura del saber (3).

Por otra parte, la misma historia de la ciencia no conoce los saltos en el vacío ni la generación espontánea. Las páginas precedentes han intentado recorrer los rasgos esenciales de una tradición especial de discurso: la que, abierta por la crisis de la Ilustración y el nacimiento de la conciencia historicista, encuentra en la asimilación de los presupuestos epistemológicos y metodológicos del positivismo científico la posibilidad de una visión global y exclusiva del saber jurídico, articulada según los moldes del pensamiento por paradigmas. A través del análisis efectuado, se ha examinado el sentido de dicha tra

dición, la génesis de sus elementos fundamentales, las características de sus productos científicos, y algunas de las dimensiones de su crisis actual. La investigación reveló que, por sobre diferencias y divergencias profundas de sus exponentes, dicha tradición queda definida por una continuidad esencial de los problemas a que intenta responder. Consecuentemente con lo que ocurre en el resto de las ciencias, la comunidad científica se especifica como tal por una coincidencia básica acerca de lo que es pertinente como objeto de investigación y de lo que debe, por el contrario, excluirse. En el ámbito de la ciencia jurídica, es la continuidad de las preocupaciones y no la unanimidad de las respuestas lo que verdaderamente importa como factor de interpretación en profundidad (4).

Un paradigma científico no es una creación arbitraria. Sus conceptos fundamentales se vinculan a tradiciones científicas más amplias, a actitudes ante la realidad, concepciones del mundo y experiencias prácticas. En el caso de la dogmática, una referencia final a sus presuposiciones implícitas de carácter ideológico, ha permitido enfocar algunas de las dimensiones principales de su crisis. Como sugiera Wolin, en su tarea, el teórico interviene en un debate cuyos términos ya han sido establecidos, en gran medida de antemano. Muchos pensadores anteriores se han ocupado de reunir y sistematizar las palabras y los conceptos del dis

curso científico. Con el tiempo, este material, elaborado y transmitido como legado cultural se convierte en un cuerpo de conocimiento heredado, que, al traspasar su contexto de origen, obra como agente conservador dentro de la teoría, obligando a quienes aspiran a introducirse en el debate a someterse a un cuadro inflexible de reglas y usos científicos (5).

De este modo, los conceptos y categorías de la ciencia operan como un cuerpo de símbolos universalmente aceptados, como una "taquigrafía conceptual, accesible a quienes comparten la adhesión a un paradigma de ciencia normal. Proporciona al científico la posibilidad de creer que transita por un camino correcto, en el que abundan los indicios de esa continuidad que asegura, si no los resultados finales, al menos la pertinencia y legitimidad de su esfuerzo. En otro nivel, la continuidad establecida por la adecuación a una matriz disciplinal de terminada asegura la adaptación de las nuevas experiencias científicas al orden social existente, lo cual en épocas críticas puede convertirse en piedra de toque de las opciones teóricas de base. El caso de la Teoría Pura es, en este sentido, un ejemplo elocuente.

De la capacidad de estas continuidades definidas a partir de la práctica científica misma para imponerse a las transformaciones experimentadas

por sus presuposiciones implícitas depende tal vez, una de las claves fundamentales para entender el sentido de la evolución científica en el campo del derecho. La quiebra de la imagen del Estado garantista impone hoy a la teoría desafíos que esta dista de haber asumido plenamente. La afirmación de la neutralidad valorativa de la ciencia parece contar al igual que, en general, la aceptación crítica del paradigma dogmático, más con la inercia de hábitos y actitudes científicas que con una sólida y convincente capacidad argumentativa. El dualismo ontológico kantiano se mantiene en el ámbito de la ciencia jurídica, a pesar de su superación en el resto de las ciencias humanas, con la fuerza de un verdadero "mito de grupo" (6), que se afirma con carácter axiomático y contra cualquier tipo de evidencia.

La posibilidad de una ciencia jurídica metodológicamente ajena al problema del valor puede casi querer significar, como se ha visto, por lo menos dos cosas: o bien que la ciencia jurídica es de hecho un tratamiento no valorativo del derecho, o bien que debe serlo como consecuencia de una exigencia epistemológica y metodológica de principio. La primera alternativa se ve desmentida radicalmente en los hechos: la actividad del jurista es inevitablemente valorativa; el corpus mismo de la ciencia se configura como una tradición del problema cuya

solución raramente excluye la valoración del jurista, cuando no un compromiso de intensidad tal que supera cualquier posible marco de argumentación técnica. Y si esto es así cabría preguntarse -recogiendo nuevamente una sugerencia de Gouldner- ¿sobre qué base puede sostenerse que esta tarea imposible es de incumbencia moral del científico? (7).

En el fondo, la exigencia de pureza metódica parece suponer también que la capacidad para formular juicios de valor se encuentra en contradicción con el rigor y objetividad de la ciencia. Esta afirmación choca sin embargo, con la experiencia, puesto que si bien es verdad que el rigor científico coadyuva a una mayor precisión y profundidad, en el conocimiento que precede a las valoraciones, no se advierte, en cambio el sentido de la prohibición. Más aún si se cuestiona toda posible relación entre rigor científico y capacidad valorativa, queda pendiente la cuestión de cuáles son las bases efectivas para esta última, a la vez que se cierra, sin elemento alguno de convicción suficiente, la posibilidad de un discurso científico acerca de los valores que no por ser tal implique necesariamente "valorar".

El intento positivista de fundar una ciencia jurídica exenta de valores, expresado en el ámbito de la interpretación por los modelos establecidos, desde Savigny y Ihering hasta la actuali-

dad, cuenta a su favor con el hecho de haber contribuido a una legítima autonomía de la ciencia jurídica respecto a ciencias afines. No solamente ha coadyuvado al nacimiento y consolidación de su paradigma básico, sino también a forjar la mayor parte de sus categorías centrales, particularmente en lo que al problema de la realización del derecho se refiere. Sus dificultades son, sin embargo, graves. Una ciencia deliberadamente desresponsabilizada no ha podido menos que oscilar entre los extremos del logicismo y el decisionismo, sin encontrar un punto de equilibrio desde el cual intentar dar respuesta al requerimiento central de la ciencia: el descubrimiento de lo real en su integralidad. Como se ha dicho, entre una filosofía moral políticamente neutralizada -y, como tal, irrelevante- y una política éticamente neutralizada, abierta a la alternativa del irracionalismo, la teoría jurídica ~~se despeña hacia esta segunda~~ alternativa: la más extrema por ser, al mismo tiempo, la más coherente con las presuposiciones implícitas del paradigma dogmático.

La imagen utópica de una ciencia libre de valoraciones no es, sin embargo, el fruto de una argumentación terminante. Si su justificación ha ~~podido parecer tal cosa, ha sido precisamente~~ porque quienes la cultivaron encontraron en ella un refugio

esperanzador para una ciencia no instrumentalizada por el poder, libre y fiel a su espíritu, que no es otro que el de la tolerancia. Cabe advertir -con Gouldner- que "podemos estar seguros de que si se convirtió en esto, no fue sencillamente porque es verdadero o lógicamente elegante, sino también porque de algún modo es útil para quienes creen en éllo. Aplaudir a la bailarina por su gracia es a menudo la manera que tiene el público para ocultar su lujuria" (8).

No cabe duda de que la referencia a la neutralidad valorativa de la ciencia reconoce en la comunidad científica motivaciones diferentes que van desde la aceptación mecánica de los partidarios de la ciencia satisfecha, a la utilización consciente de quienes advierten sus ventajas utilitarias. En Weber, la doctrina tiende a asegurar, como se ha visto, la autonomía de las ciencias sociales como vía para asegurar su libertad frente a las ideologías y el partidismo. La neutralidad es así garantía no para el relativismo ético sino, al contrario, para una mejor y más auténtica actividad valorativa. Pudo ayudar -como escribe Gouldner- a los hombres -y a veces lo hizo- "a trascender la moral de su 'tribu', volviéndolos receptivos a las moralidades de diversos grupos extraños y contemplarse a sí mismos y a los demás en la perspectiva de una gama más amplia de culturas significativas" (9).

La doctrina ha cumplido también con objetivos menos evidentes, no todos ellos igualmente provechosos para las finalidades de la ciencia. Ha servido para legitimar la separación entre hechos y valores abierta por la Modernidad como recurso para la afirmación de un poder vaciado de contenido ético; ha contribuido a justificar la indiferencia del científico frente a sus deberes sociales; ha consolidado su ruptura con aquellas preocupaciones últimas, relativas al sentido de la existencia, que en todas las épocas ofrecieron el impulso más genuino y efectivo para el progreso científico; ha ocasionado en grado eminente, el encierro de la disciplina dentro de sus propias premisas y tradiciones, justificando, tal vez, la generalización de una actitud de subestimación y desprecio por parte del resto de las ciencias. Más aún ha legitimado la prescindencia del jurista ante los problemas de su tiempo y de su época, abriendo un vacío que habría de ser cubierto, necesariamente por el decisionismo y el politicismo, dotados esta vez del radicalismo propio de una época signada por el eclipse de la razón. En su pretensión de disfrazar la innegable vulnerabilidad de la razón al partidismo estimativo, ha consagrado el primado de la irracionalidad. La tregua abierta por la concordancia práctica respecto a las presuposiciones implícitas ha concluido y la tensión teoría-praxis recobra el centro del interés científico, esta vez en clara desventaja para la causa de la razón.

En estas condiciones, parece imponerse una reconsideración de los condicionamientos de la crisis. Observa acertadamente Strasser que mientras que la índole de nuestra época es de novedad histórica sin igual, a la vez que de crisis general y profunda, el influjo de la tradición positivista ha privado al discurso científico -se refiere particularmente a la ciencia política- "de casi toda actitud y aptitud contemplativa de su riquísima tradición intelectual de muchos siglos, considerablemente de educación y conciencia histórica, y por completo de moralidad" (10). Una atendible satisfacción por los resultados logrados por el concepto de ciencia disponible -tanto en el ámbito de los modelos científico-naturales, como en sus aplicaciones específicas al campo jurídico- ha cerrado el camino a la consideración de la tradición científica anterior al positivismo, privando así al análisis de criterios trascendentes y permanentes desde los cuales intentar una crítica fructífera del paradigma hegemónico y de sus consecuencias prácticas.

Resulta explicable, por ello, que la mayor parte de los intentos de superación del paradigma científico de la dogmática reconozcan como punto de partida una actitud científica sustancialmente diversa de la que ha inspirado a la generalidad de los movimientos antiformalistas a partir de Ihering y a lo largo del presente siglo. Estos, des-

de la propuesta de un Derecho "libre" hasta la de su "uso alternativo", no cuestionan la validez de fondo de los presupuestos científicos del paradigma hegemónico. Propugnan, y en tono cuyo radicalismo dificulta una clara percepción de su sentido, una utilización del mismo diferente a la que condicionan las presuposiciones implícitas de orden filosófico o ideológico de la teoría disponible. Los resultados no difieren, por tanto, de los exhibidos por los "satisfechos". Estos quedan, en todo caso, reforzados por el traslado del debate al exterior de la ciencia.

La crítica actual apunta, en cambio, a una crítica más madura y consistente, que parte de la necesidad de revisar los presupuestos de la teoría. El vuelco hacia la tradición de la filosofía práctica, ampliamente generalizado en la doctrina actual (11) representa un intento de afrontar el problema de las condiciones del progreso científico desde la doble perspectiva en que la dogmática contribuye a negarlo. Por un lado, desde la apertura de la ciencia hacia su propia tradición, entendida como tradición de problemas reiteradamente planteados y susceptibles de respuestas históricamente diversas; por otro lado, desde el recurso de la ciencia a la filosofía, como invocación de aquel tipo de legitimación racional última desde la cual la racionalidad menguada de los axiomas científicos revela toda su relatividad y dependencia.

2. La tradición fundamental

La tradición de discurso examinada revela, como nota predominante, un rasgo en el que se opone a los modelos científicos anteriores, a la vez que denuncia su debilidad interior. Como escribe Gusdorf, los puntos culminantes de la historia de la filosofía han perseguido siempre el establecimiento de un balance de saberes adecuado a las exigencias propias de la afirmación de lo humano (12) Falta el positivismo lo que -en expresión de O. Hoffe- puede denominarse una "estrategia de lo humano", entendida como teoría de la realización de lo humano (13) en esa específica parcela del saber acotada por lo jurídico.

Para la tradición de la filosofía práctica, vigente hasta entrado el siglo XIX, lo característico de saberes como los relativos a la política o al derecho, es su intento de conocer sus objetivos propios en función de su dependencia natural respecto a una serie de instancias pre políticas o pre jurídicas de las que da cuenta el saber superior de la filosofía. El lenguaje de la filosofía se encuentra -como explica Riedel dentro de un contexto de influencia situado antes del paso al mundo moderno, en el horizonte de la vieja Europa anclada aún en la tradición antigua y el cristianismo bíblico. Las modernas ciencias

sociales se estructuran a partir del derrumbre de la imagen tradicional del hombre y de la vida de la Europa prerrevolucionaria. Como indica Brunner, sólo en contexto de una filosofía entendida como rerum divinarum humanarumque cognitio puede entenderse el dominio sobre los espíritus de la Ética, la Oeconómica y la Política, heredadas de Aristóteles y vigente hasta fines del siglo XVIII (14). En una Europa, atenta aún al pensamiento cosmológico clásico y a la imagen cristiana de la historia, la cuestión de la legitimidad podría juzgarse resuelta a través de una incorporación de la teoría de la verdad como adaequatio entre realidad y conocimiento. Como observa Matz, desde la quiebra de la unidad que se extiende entre las tempranas cosmologías griegas y el fin del predominio de la teología moral cristiana en los comienzos de la modernidad, es posible apreciar el desarrollo sistemático de un único pensamiento: "el de que el mundo de los hombres se encuentra inserto en un cosmos ("jurídicamente") ordenado; el de que dicho orden obedece a un impulso sobrehumano, divino; de que por tal razón la sociedad humana, en particular su forma completa, el Estado, sólo dentro del ámbito de dicho orden cósmico-natural y sólo a través de dicha inserción, entendida como orden legal, puede existir" (15).

A partir de la modernidad, el poder político y el derecho no pueden ser legitimados por refe

rencia a un orden de verdad que trasciende las voluntades contingentes de los hombres y que otorga, en consecuencia un sentido determinado a los actos de poder. Cualquier pretendido fundamento de la normatividad jurídica queda limitada al orden puramente fáctico -sea el consenso, la fuerza, el impulso emotivo o la ideología-. La legitimidad queda remitida a un orden de fundamentos de principios y verdades "penúltimas" (vorletzte Grunden) (16) y no en vano Hobbes y Rousseau incluyeron en su visión del derecho político la necesidad de una religión civil, "cuyos artículos corresponde al soberano fijar, no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel" (17).

La posibilidad de un saber acerca de la práctica, capaz de suministrar criterios suficientes a la decisión concreta, guarda una relación esencial con el reconocimiento de la legitimidad y posibilidades de una metafísica de lo social y una ética de la política. "La solución moderna de anclar la garantía del orden constitucional en las opiniones de los ciudadanos lleva en sí el germen de su disolución, tanto más cuanto la fuerza espiritual más poderosa de la época moderna, la ciencia secularizada, conduce a no justificar "racionalmente" todas las normas pre políticas, culturales y religiosas, rebajándolas sutilmente a meros prejuicios"(98).

La Norma Fundamental kelseniana es así algo mucho más importante que una hipótesis básica destinada a servir de fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico: es el intento de definir un criterio supremo de legitimación, postulado como base del ordenamiento jurídico y capaz de "servir de base a todos los juicios jurídicos posible" (18).

En el contexto de la filosofía práctica, el saber acerca del derecho fue considerado siempre como un saber "para la acción" capaz de expresar los contenidos de verdad involucrados en toda decisión. Esta reivindicación de la razón práctica no puede entenderse sino a partir de una idea más amplia y abarcadora de "racionalidad". Frente a la afirmación dogmática de una noción unívoca de racionalidad basada en el modelo del método de las ciencias empíricas naturales, la tradición de la filosofía práctica postula una noción analógica y, consecuentemente, la posibilidad de una pluralidad de ideas de racionalidad. El propio concepto de "razón" comporta así una doble significación: por un lado, la relativa a la razón en su función "teórica" -en cuanto la misma se aplica receptivamente a las cosas de la realidad que se ofrece ante ella-; por ~~otro~~ otro lado, la relativa a su función "práctica", en su doble posibilidad de realización en los dominios del obrar o del hacer.

"Praxis" y "Técnica" configuran así dos aspectos de la razón práctica; el mismo remite, como es sabido a una actividad que se ejerce dentro del hombre mismo -en el sentido del agere o πράττειν clásicos- y que, por tanto, implica una permanencia de los resultados de la operación en el interior del sujeto operante, bajo la forma de una perfección o degradación de su naturaleza. El segundo se refiere, en cambio, a una actividad que se ejerce sobre el mundo exterior, bajo la forma de una transformación, manipulación o dominio de la materia- el facere o ποιεῖν clásicos-.

Razón teórica y razón práctica no son ni dos facultades del entendimiento distintas entre sí -como podría deducirse de la postura del cientifismo- ni, como sugiere la tradición kantiana, dos modos de obrar opuestos e independientes de una misma facultad. Se trata de una ampliación del conocer al querer y al obrar. "La razón práctica, conoce la verdad como la especulativa, pero ordenando la verdad conocida a la acción" (19). El conocimiento teórico se busca por sí mismo, en tanto que el práctico por causa del obrar justo. En un texto revelador de la Et. Nic, Aristóteles declara: "No investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otro caso sería totalmente inútil". (20).

En el campo del obrar prima siempre la ra-

zón teórica, en cuanto configura la facultad que se "amplia" a la práctica. "La razón -escribe J. Pieper- en cuanto razón práctica, no se aplicaría al querer y al obrar, si no se aplicase antes y al mismo tiempo, en cuanto teórica, a las cosas. La razón no podría ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo, no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquella no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva" (21).

Lo dicho remite -y nuevamente en contraposición al concepto de "método científico" propugando por el positivismo-, a una nueva noción de "objetividad", cuyo carácter analógico abre también la posibilidad de abertura a una legitimación de formas de saber no estrictamente acordes con el modelo empírico-natural. "Objetividad" no remite ya tanto a la transmisibilidad inter-subjetiva de los resultados del discurso científico, sino a lo que, en palabras de M. Bunge podría denominarse "verdad fáctica". La objetividad del conocimiento aludiría al hecho de que su concreción esté determinada por el objeto, en condiciones de primacía sobre aquellas precisiones de contenido introducidas por la voluntad del sujeto cognoscente. "Lo objetivo precede a lo subjetivo"... "Sólo por medio de la irrupción de la realidad objetiva del mundo en nosotros llegamos al terreno de nosotros mismos". (22).

Las consecuencias de esta noción realista de la objetividad en lo que a la contextura del razonamiento se refiere preocuparon a la tradición de la filosofía práctica de un modo especial, como queda evidenciado en el siguiente texto de Aristóteles: "no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos manuales; la nobleza y la justicia que la política considera presentan tantas diferencias y desviaciones que parecen ser sólo por convención y no por naturaleza"..."Por consiguiente, y hablando de cosas de esta índole y con tales puntos de partida, hemos de contentarnos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo de lo que ocurre por lo general y partiendo de tales datos, basta con llegar a conclusiones semejantes"..."El propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos, en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente -concluye el Estagirita- tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones de un retórico" (23).

Esta noción ampliada y enriquecida de lo que por "racionalidad" y "objetividad" cabe entender, permite ahondar en la idea moderna de "objetividad como transmisibilidad inter-subjetiva". Este carácter, sin duda central para la teoría de la interpretación jurídica, depende, como se ha visto, de la posibilidad de que los resultados obtenidos por

la investigación científica sean capaces de suscitar el consenso y adhesión de la comunidad científica a la que se dirigen. Está claro que, en la noción moderna de ciencia, entre los motivos de esta adhesión, la nota de "coherencia intrasistemática" parece tener una primacía, si no lógica al menos factual, sobre las constataciones de verdad fáctica. Ello explica que los científicos operen a menudo una selección de hechos relevantes, desechando los que tiendan a desmentir las hipótesis y teorías disponibles. No es menos cierto, sin embargo, que en una segunda fase, la teoría se abre, inevitablemente, a los resultados de una confrontación con la experiencia, y si ello ocurre, es precisamente porque su finalidad es dar cuenta, ante todo, de la consistencia objetiva del mundo. Es esta la base fundamental del consenso científico y el presupuesto de toda posible transmisibilidad inter-subjetiva de contenidos racionales.

Esta relación entre entendimiento y realidad objetiva en términos de "adecuación" define el contenido tradicional de la idea de "verdad". Vistas, a su vez, ambas nociones en su doble aspecto teórico y práctico, se entiende por qué del hecho de que el intelecto tenga por cometido esencial el decir la verdad, tanto a través de juicios prácticos como de juicios teóricos, se deriva el que los juicios prácticos pueden ser verdaderos o falsos. "Dado que la verdad moral es un estado ha

bitual que dirige nuestras decisiones y que la decisión es un deseo deliberado, al mismo tiempo es necesario -por esas razones- que el cálculo sea verdadero y el deseo recto" (24). Para la tradición de la filosofía práctica, los juicios prácticos -morales, jurídicos- son verdaderos en la medida en que indican los medios más apropiados aquí y ahora en vista de los fines prácticos de la vida humana. Todo deber se funda en el ser; la realidad es el fundamento del bien. Precisamente por ello, la cuestión de los valores queda legitimamente asumida por un saber que, partiendo de una noción amplia y pluralista de lo "racional" y "objetivo", se abre a la realidad total.

Lo dicho permite entender inclusive algunas dimensiones esenciales del proceso evolutivo de las teorías científicas. Como indica Agazzi, el hecho de que una teoría resulte superada por otra no significa que aquello que antes era verdadero se haya transformado en falso, "sino que ha sido absorbido en otro verdadero más amplio, a causa de que la realidad nos ha presentado nuevas determinaciones que antes ignorábamos"... "una teoría para poder considerarse verdaderamente como una superación de una teoría precedente debe explicar también los hechos que aquella explicaba. Entre lo objetivo y lo real no hay ninguna contraposición: lo objetivo es real, aunque no todo lo que es real forme parte de la objetividad" (25).

Desde esta perspectiva, la razón se proyecta hacia una amplia diversidad vocacional. La razón considera al obrar según perspectivas diversas -sindéresis, deliberación, juicio, mandato-. Desde el nivel subjetivo de una contemplación intuitiva del bien hasta el nivel de la decisión prudencial. La verdad de las conclusiones prácticas no es, ciertamente, objeto de ciencia sino de prudencia. Pero es esta orientación constitutivamente práctica la que, en el caso del saber jurídico, imprime a la ciencia la necesidad de una apertura a otras formas de racionalidad que, como la filosofía o la prudencia, completan su visión de la totalidad. No por ello queda cuestionada la idea del método científico, sino todo lo contrario. De propugnarse una noción amplia de ciencia, abarcadora tanto de las perspectivas de la filosofía como de la prudencia, habría que acuñar, seguramente una expresión específica para ese tipo de saber que cumple con las exigencias del "método científico". Luego, lo que se rechaza no es su existencia y legitimidad, sino su pretensión infundada de ejercer un monopolio de la racionalidad y objetividad en el saber jurídico.

Desde esta noción amplia del saber jurídico, a la vez que se reconoce la fiabilidad racional y pertinencia científica del discurso práctico, se preserva, restringiéndola, la competencia de un saber empírico-lógico acuñado de acuerdo con el paradigma dogmático. Es posible atender así los alcan

ces de algunas de las posiciones fundamentales de la actual "rehabilitación" filosofía práctica. Su concepción del ordenamiento no como un sistema normativo hermético y autosuficiente, sino como un conjunto de hipótesis problemáticas cuyo alcance es menester dilucidar en cada caso; consecuentemente, su idea del saber jurídico como saber aluvional, nutrido por perspectivas científicas diversas que concurren al análisis y solución de los problemas prácticos; su reconocimiento del carácter central del problema de la decisión y, dentro de ella, de la cuestión de la interpretación.

De adoptarse tal perspectiva, a la vez nueva y permanente en la historia de la ciencia jurídica, el contenido de toda solución jurídica es capa al molde estrecho del texto. No resulta admisible, por tanto, la visión ingenua del silogismo práctico configurada por la Exégesis y sus numerosos aunque embozados seguidores actuales. Tampoco parece admisible sin embargo, la idea de la norma como "pista indicativa" u orden de preferencia valorativa que precede a la decisión aplicativa -como parece sugerir un conjunto importante de tendencias antiformalistas inaugurado por la jurisprudencia de intereses. La regla de derecho sería, como indica Villey, no tanto un medio de dirigir la conducta, como un instrumento de investigación del derecho. La regla ofrecería así puntos de apoyo, fragmentarios, parciales, que ayudan, con-

juntamente con otros, al descubrimiento de la solución verdadera -esto es, justa- en el caso concreto (26). El jurista no puede, sustraerse por tanto a la consideración de la totalidad y para ello necesita el auxilio de la racionalidad en sus más diversas instancias. La ley no es el derecho, sino "cierta razón de derecho". Este no se configura como un dato preconstituido al intérprete y anterior a la decisión, sino como un resultado buscado por la decisión prudencia. Esta no aplica, sino que "compone" soluciones concretas.

La rehabilitación de la razón práctica en el ámbito de la teoría jurídica comporta, por todo lo dicho, una reinstalación del sujeto en el centro de la problemática de la realización del derecho. Si para la dogmática el sentido de las normas es una función directa del texto, mediada por las categorías de la ciencia, para la perspectiva que queda esbozada, el sentido importa una función más compleja que otorga primacía al concepto de situación y supone la concurrencia del sujeto, las circunstancias fácticas y el texto. La interpretación no es, pues, constatación de alternativas que, en tal sentido, serían previas al intérprete y al caso, sino verdadera aplicación. La investigación que la misma implica es así reconocimiento de datos objetivos sólo parcialmente referidos en el texto. La decisión pertenece así a la estructura real del derecho, aunque -como indica Legaz-, ésta última no queda agotada en aquélla (27).

De este modo, la tradición de la filosofía práctica propone un pluralismo racional capaz de rescatar la noción de "razonabilidad" de la esterilidad en que la sume la actual disputa metodológica. Si la idea dogmática de la interpretación se basa en una noción formalizada y absoluta de razón, paradójicamente volcada hacia un reduccionismo radical en el terreno del método, la filosofía práctica propone una noción de racionalidad para la que la labor filosófica es también parte de la estrategia de la razón, y su finalidad prescriptiva y fundamentadora -al menos la que le cabe en la tradición que ahora se analiza- no menoscaban su íntima racionalidad ni aún su carácter empírico. Como indica Strasser, el discurso filosófico no rechaza bajo ningún punto de vista los criterios que permiten rehusar confiabilidad racional a la argumentación -incongruencia lógica, inconsistencia explicativa, incapacidad o insuficiencia explicativa, disconfirmación empírica, no conformidad empírica suficiente de lo propuesto etc.- (28). Es la significación del objeto y no el grado de certeza apodíctica alcanzable lo que determina la legitimidad y el rango de un saber determinado.

Frente a la idea positivista de ciencia, li
gada -como ha puesto de manifiesto Giuliani- (29) a las premisas de una filosofía centrada en el concepto de "imputación" y en una ética del deber, la tradición de la filosofía práctica propone la afir

mación de la idea de "justificación" como quehacer esencial de la razón en el obrar, y la elaboración de una ética que, centrada en la noción de "virtud", restaure la primacía del intelecto en la decisión.

3. Tradición e innovación

Al cabo del camino recorrido, los interrogantes iniciales renuevan su urgencia. ¿Que debe entenderse por paradigma científico en la ciencia jurídica? ¿Cuáles son las condiciones bajo las cuales se producen las renovaciones científicas, y cuáles las que determinan la resistencia al cambio? ¿Cual es el papel de las confirmaciones empíricas y de las anomalías en un saber de autoridad cuya resistencia a la crítica carece de paralelo en las ciencias humanas? ¿Qué es lo que en rigor cabe entender por progreso científico? Las respuestas son todavía difusas pero aclaran ya aspectos centrales del problema. Permiten, al menos, algunas conclusiones que, formuladas desde el campo más amplio de la sociología del conocimiento, se ven confirmadas a la luz de la génesis y desarrollo de la versión dogmática de la ciencia del derecho. Dichas conclusiones carecen, por cierto, de la rigidez con la que a veces han sido enunciadas en sus respectivos ámbitos de origen: la ciencia jurídica, terreno poco propicio para revoluciones metodológicas, exhibe ritmos y frecuencias de desarrollo peculiares, refractarios a toda pretensión simplificadora.

Para una óptica como la que se ha esbozado en el punto precedente, parece aceptable la afirmación de Luhman cuando, partiendo de categorías usual

les en el análisis de sistemas como marco de referencia, afirma que las orientaciones predominantes en la ciencia jurídica actual pueden ser vistas como expresiones de una tendencia a trasladar el centro de atención de la teoría desde el in put al out put del sistema. El sistema jurídico y sus proposiciones son así valoradas no tanto en función de su coherencia intrasistemática, sino de sus consecuencias (30) La pregunta que se impone es la de si una posible nueva dogmática, basada en el criterio de las consecuencias, será capaz de mantener, en el contexto de una sociedad cada vez más compleja y exigente, la "autonomía social" (Luhman) del sistema jurídico, la especificidad de la práctica científica y la posibilidad de una política jurídica ideológicamente independiente. En el plano de las preocupaciones centrales de esta investigación, dicha pregunta remite a las posibilidades de la ciencia para asumir el criterio de las consecuencias garantizando, frente a la ilusión retrospectiva, los resultados de una ciencia dotada de alta capacidad persuasiva como la que promete la aplicación del "método científico" y, frente a la ilusión progresista, la presencia efectiva de toda una tradición de enfoques y problemas para la que nada humano es ajeno a la curiosidad de la ciencia.

En primer lugar, la referencia al contexto de descubrimiento del paradigma dogmático ha revelado la pertinencia de una de las afirmaciones iniciales en el sentido de que una teoría científica,

sea cual ser su índole es el resultado de un proceso de incorporación de tradiciones doctrinales diversas y a veces opuestas, que en momentos distintos se van incorporando a una unidad superior de sentido. Vista ante todo como una tradición de problemas, la ciencia rechaza los intentos de describirla a través de la imagen del desarrollo lineal indefinido, en el que el paso del tiempo o la aparición de nuevas teorías implica la caducidad forzosa de las teorías precedentes. Al mismo tiempo ello impone reiterar que la persistencia en el tiempo de una teoría determinada nada nos dice acerca de su validez intrínseca como expresión de la realidad objetiva. Declara, en todo caso, su eficacia para organizar experiencias científicas aisladas dentro de un corpus orgánico capaz de suscitar la adhesión y aceptación de la comunidad científica en términos de superioridad relativa y provisoria frente a otras posibles alternativas.

Al mismo tiempo parece importante subrayar que un determinado paradigma científico rara vez suele ser objeto en sí mismo de renovación científica. Por lo general, no hace sino operar como ocasión o punto de referencia para los intentos de la comunidad científica de dotar a la teoría de mayor articulación, especificación y autonomía explicativa, o bien de someterla a condiciones de verificación nuevas o más rigurosas. Es por ello que, como se ha dicho, una teoría científica que, como en el ca

so de la dogmática, ha alcanzado el status de para
digma, sólo será declarada inválida por la comuni-
dad científica una vez que el paradigma alternativo
se encuentre totalmente elaborado y en condiciones
de operar como sustituto. En el caso del derecho
-saber "de autoridad", dotado de una función eminen
temente arbitral respecto a los conflictos socia-
les- esta observación cobra especial evidencia.

Un paradigma de ciencia normal es, por defi
nición, exclusivo y excluyente. Su prohibición a
la admisión del disenso y al debate en torno a los
fundamentos últimos de la disciplina tiene por ob
jeto neutralizar la validez de la crítica. Es pre-
cisamente en los momentos en que la tensión críti-
ca desborda los límites de dicha prohibición, cuan
do acontecen las crisis en su sentido más estricto.

Todo ello permite explicar el hecho -central
para un análisis de la situación científica y cul-
tural del derecho- de la resistencia de la teoría
disponible ante el embate crítico de las tendencias
antiformalistas. La historia de la ciencia enseña
que aún cuando una comunidad científica determinada
haya comenzado a aceptar en el plano instrumental
aspectos parciales de las teorías alternativas, o
aún cuando haya perdido su fe en el paradigma vigen
te, no por ello renunciará sin más a éste: la deci-
sión de rechazar un paradigma implica siempre -y
simultáneamente la de aceptar otro. Con más razón

en el caso de la ciencia jurídica posterior al positivismo, cuyas alternativas sustitutivas en ningún caso han pretendido cuestionar la validez de los presupuestos de fondo.

Para comprender en todo su alcance esta visión sumaria de los procesos de evolución científica en el caso del derecho cabría formular algunas observaciones adicionales, que atenúen tal vez el rigor de sus términos. Ante todo, resulta evidente que las así llamadas "revoluciones científicas" se desarrollan, en el caso de la ciencia jurídica, a lo largo de etapas prolongadas, complejas y a menudo superpuestas entre sí. La propia teoría jurídica del positivismo constituye un buen ejemplo de ese proceso de convergencia general de teorías, puntos de vista y aún intuiciones científicas de procedencia variada, que no se integran en la unidad del sistema en un momento único.

La idea de que la ciencia plenamente tan sólo se logra una vez que los conceptos fundamentales y las reglas de articulación de una disciplina determinada pueden ser representadas por una red de relaciones lógico-formales marca, como se ha dicho anteriormente, un momento reciente en la evolución del pensamiento jurídico. Dicha imagen contribuye a explicar la fisonomía estática o la "estructura" de la experiencia jurídica, en tanto que un enfoque "funcional" -o de la dinámica jurídica- permitiría

mostrar que la ciencia es más bien una tradición de problemas, cuyos resultados se encuentran esencialmente ligados a contextos de descubrimiento particularizados.

Otro punto en el que la observación del quehacer de los científicos impone una distancia cautelosa ante el modelo expositivo kuhniano es el relativo al modo de articulación de las teorías. Un análisis de las construcciones científicas con que trabajan los juristas revela que las mismas distan bastante de la formulación axiomática y cerrada pregonada por los teóricos de la dogmática y hasta por algunos de sus impugnadores (31). La crítica contemporánea ha demostrado que los motivos prácticos, eliminados de la teoría de la construcción propuesta por Savigny y Ihering, desempeñan un papel prioritario y orientador en la sistematización, llegando incluso a alterar las reglas de la axiomática impuestas por la concepción científica heredada. La noción de que las construcciones de la dogmática pueden ser recusadas precisamente en nombre de una lógica más depurada, a la vez de que en algunos casos las construcciones antidogmáticas pueden invocar a su favor una argumentación no menos rigurosa que la que critican, es ya hoy un punto de ~~aceptación universal. Toda teoría~~ explica Toulmin- consta de por lo menos dos componentes distintos: por un lado, el "ideal de un orden natural", que especifica cierto curso natural de los acontecimientos.

tos y las conductas humanas, y que es afirmado con independencia de que los fenómenos se adapten o se desvíen de él; por otro lado, las leyes que se emplean para dar cuenta de las desviaciones fenoménicas de esos ideales (32). En el ámbito de la ciencia jurídica, dicho orden natural no se presenta como un objeto de especulación, sino como un conjunto de imperativos de conducta, que impone, a su vez, un sentido finalista a las construcciones de la teoría.

En tal sentido y frente a lo que podría indicar una lectura apresurada de los primeros escritos de Kuhn (33), la experiencia teórica de los juristas impone, más bien, el consejo de Toulmin de abandonar la metáfora política de las revoluciones, para buscar la imagen de progreso paulatino y a la vez circular, en el que la ciencia queda definida como el resultado del esfuerzo de adaptación de la razón humana a las siempre nuevas condiciones internas y externas en que le toca desenvolverse. Aún en el caso de las revoluciones políticas -Toulmin ejemplifica con el caso de las revoluciones francesa, americana y rusa- las continuidades en la estructura y la práctica política y administrativa son tan importantes como los cambios (34). Con ~~más razón en el orden~~ de la evolución científica, donde ésta no puede siquiera ser pensada bajo otros supuestos que los que hilvana el hilo conductor de la tradición.

NOTAS

(1) Freedom and science, en ANSHEN, R: Freedom, it's meaning. Nueva York, 1940, p. 382, cit por BRECHT, A: Politiche Theorie, cit. pag. 8

(2) HERNANDEZ GIL, A: Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Cit, pp. 11 y ss.

(3) Op. Cit. p. 12.

(4) Cfr, para el caso de la ciencia política, el enfoque de WOLIN, S: Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental. Trad. A. Bignami. Buenos Aires, 1973.

(5) WOLIN, S: Op. Cit. p. 31.

(6) Sobre el sentido de la expresión, Cfr, GOULDNER, A. La sociología actual. Cit. p. 17.

(7) GOULDNER, A: Op.Cit. pag. p. 16.

(8) Op. Cit. p. 16.

(9) Op. Cit. p. 23.

(10) STRASSER, C: Op. Cit. p. 175.

(11) Piénsese en la comunidad de propósitos revisores que es posible constatar bajo posiciones tan diversas como la de J. Ritter; W. Hennis, L. Strauss, E. Voegelin, J. Habermas, J. von Kempfski, M. Riedel, H. Kuhn, M. Villey, Ch. Perelman, Th. Viehweg, J. Esser, O. Ballweg, M. Kriele, K. Lorenz, A. Kaufman, F. Wieacker, K. Engisch, E. Wolf, O. Hoffe, G. Kalinowski, etc.

(12) GUSDORF, G: De l'histoire des sciences a l'histoire de la pensée. Paris, 1977, p. 12.

(13) HÖFFE, O: Op. Cit. p. 17

(14) BRUNNERO : Op. Cit. pp. 109-109.

- (15) MATZ, U: Politik und Gewalt , cit. pp. 116-117
- (16) HENNIS, N: Legitimität, cit. pp. 225
- (17) ROUSSEAU. Du Contract Social en Oeuvres Completes (Ed. Venil). Paris, 1971, II, p. 579.
- (18) Kelsen, H: Teoría Pura del Derecho. p. 140.
- (19) TOMAS DE AQUINO: S.Th. 1, 79, 11. 2.
- (20) Et Nic. II, 2, 11.
- (21) Sobre el punto PIEPER, V: El descubrimiento de la realidad, Madrid, 1974, pp. 49-52, espec. p. 51.
- (22) PIEPER, Op. Cit. p. 46
- (23) Et. Nic. I,
- (24) Et. Nic. VI, 2
- (25) AGAZZI: Op. Cit. 426-427
- (26) VILLEY, M: Prefacio a APD, XVII (1972). p. 5
- (27) LEGAZ, L. Justification de la decision en droit, en Le raisonnement juridique. Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Bruselas, 1971. p. 295 y p. 30-34.
- (28) STRASSER, C. Op. Cit. p. 194
- (29) GUILLIANI, R: Imputation et justification, en APD, 22 (1977). pp. 86 y ss.
- (30) LUHMAN, N: Sistema giuridico e dogmatica giuridica, Cit. p. 69.
- (31) Esta observación es desarrollada de modo sugestivo en el terreno de la física por SUPPE, F: La estructura de las teorías científicas. Madrid, 1979, pp. 81-85 y, en el ámbito de la sociología por el excelente NISBET, R: La sociología como forma de arte. Madrid, 1979, p. 11.

(32) TOULMIN, S: Foresight and understanding. Londres 1961, pp. 55-56

(33) Cfr. La función del dogma en la investigación científica, cit. (1961) y La estructura de las revoluciones científicas en su ed. de 1962, por oposición a la ya mencionada Postdata de 1969 a esta última obra y los ensayos recogidos en -- VVAA La crítica y el desarrollo del conocimiento, cit pp. 81-111, 391-454 y 511-523, donde la fuerza retórica de la argumentación primitiva se ve matizada con ejemplar sentido autocrítico.

(34) TOULMIN, S: La distinción entre ciencia normal y ciencia revolucionaria, ¿resiste un examen? cit, p. 135.

CONCLUSIONES

Al cabo de la investigación, y desarrollado en todas sus partes el programa propuesto, parece importante formular algunas conclusiones generales. Las mismas tienen un carácter sintético y su finalidad es puramente expositiva. Dejando de lado aspectos importantes del estudio, se limitan únicamente a señalar algunos aspectos centrales del mismo, como guía para una lectura en profundidad de los diversos capítulos. En ningún caso apuntan a posibles consecuencias teóricas o metodológicas de las tesis sostenidas. Ello ha sido, en buena parte, materia del Epílogo con que se cierra el trabajo. De un modo sucinto, tales conclusiones podrían ser las siguientes.

PRIMERA

Articulada de modo autónomo y autoconsciente a partir del historicismo, la ciencia del derecho ha llegado hasta nuestros días incólume en sus métodos y objetivos. Por sobre la pluralidad de posiciones y el fervor del debate metodológico, la ciencia jurídica exhibe una continuidad profunda, definida no tanto por la unanimidad de sus resultados, sino por la comunidad de dilemas, preplejidades y problemas no resueltos. Cabe hablar, en con

secuencia, de una "teoría disponible", elaborada en el ámbito del derecho privado a partir de la gran sistematización metodológica operada por la Escuela Histórica, profundizada luego a través de la asimilación de los presupuestos del positivismo científico en la obra de Ihering, y generalizada posteriormente en la tradición de la dogmática, desde la pandectística alemana hasta las actuales corrientes normativistas, realistas y analísticas. Esta "teoría disponible" ha resistido los embates de la crítica formalista que comienza a esbozarse a través de un amplio frente de tendencias doctrinales ya a partir del último Ihering, y su permanencia hasta hoy configura un interrogante central para la teoría y sociología de la ciencia. Si no en el ámbito de la teoría general, sí seguramente en la práctica de los juristas, la versión positivista de la ciencia jurídica conserva plenamente la hegemonía científica conquistada hacia mediados del siglo XIX, en contraste abierto con las demás ciencias humanas, donde el positivismo científico parece definitivamente superado. La respuesta a los interrogantes que ello plantea impone el concurso de perspectivas muy diversas: el encuentro con los textos fundacionales de la teoría disponible, el análisis de la gestación de sus conceptos, axiomas y ~~teoremas de base~~ teoremas de base, su estructuración definitiva y expresiones más significativas y, finalmente, la consideración de los aspectos fundamentales de su crisis actual. Sólo desde un tratamiento global, inte

trado y multidisciplinario parece posible aproximarse a explicaciones verdaderamente satisfactorias.

SEGUNDA

Del análisis desarrollado se desprende la necesidad de considerar a la "dogmática jurídica" como un concepto histórico; esto es, como una cierta actitud metodológica condicionada por factores científicos, filosóficos, culturales, políticos e históricos determinados. No cabe ver en la dogmática un cuerpo doctrinal homogéneo, ya que su unidad se establece en dos niveles fundamentales: por un lado, en la identidad de preguntas a que las diversas expresiones que la componen intentan responder; por otro, a la comunidad de presuposiciones implícitas de la teoría a nivel metajurídico. No se trata sólo de la denominación descriptiva de un modo específico de hacer ciencia jurídica sino, sobre todo, de la actitud científica que le sirve de base. La dogmática porta consigo la novedad radical en la historia del método jurídico de un pensar de acuerdo a paradigmas. En consecuencia plena con la evolución de los problemas metodológicos en las ciencias empírico-lógicas, y con el estado de la cultura europea al tiempo del advenimiento del positivismo, la dogmática supone, básicamente, una idea del saber elaborada a partir de los siguientes puntos de partida:

- a) La consolidación del concepto moderno de ciencia, orientado primordialmente hacia la sistematización de los resultados.
- b) La historificación del objeto del saber a través de la identificación entre los conceptos de derecho y ley positiva.
- c) El abandono de la doctrina del derecho natural, entendida como visión metafísica de lo social.
- d) La sustitución de una lógica de problemas por la lógica formal.
- e) La escisión definitiva entre teoría y praxis y la afirmación del saber jurídico como saber teórico, presidido por una actitud axiológicamente neutralista y tendencialmente descriptivista.
- f) El desplazamiento de la cuestión hermeneútica al exterior del campo de preocupaciones de la ciencia.

TERCERA

El momento fundacional del método jurídico moderno deber ser situado en el instante del tránsito del iusnaturalismo racionalista al positivismo, operado a través del historicismo. La figura central

de este período es Savigny, figura polifacética que se erige en punto de partida de los modelos científicos vigentes hasta hoy en el ámbito del derecho privado. Contra la opinión más generalizada, debe afirmarse que sus aportes más trascendentales a la ciencia posterior provienen no tanto del segundo período de su obra -el correspondiente a los escritos programáticos de la Escuela Histórica (1814-1815), como del primero y tercero. Entre las lecciones de metodología profesadas por el joven Savigny entre 1802 y 1803 y el Savigny maduro del Sistema del Derecho Romano actual (1840) se percibe una línea de preocupaciones básicamente similares, en la que los problemas metodológicos priman sobre la investigación histórica o la polémica política y cultural que ocupa sus escritos del período intermedio. Savigny implica, asimismo, la incorporación de la tradición de la hermeneútica de su época a la ciencia del derecho y la inauguración de una doctrina de la interpretación entendida como investigación sobre el sentido de los datos positivos, que se impondrá a toda la tradición científica posterior. Paralelamente, Savigny sienta las bases del método histórico-constructivo. Nacen entonces la mayor parte de las categorías de la dogmática isprivatista, al tiempo que la idea de sistema ~~presente a lo largo de una evolución científica secular-~~ cobra el matiz específicamente formalista que ostenta en la dogmática jurídica.

CUARTA

Con R. von Ihering cobra el paradigma dogmático su consistencia definitiva. Representa el momento de incorporación a la ciencia jurídica de la actitud metódica de las ciencias experimentales, a la vez que la consolidación del enfoque formalista. Frente a las opiniones predominantes, debe considerarse que es el Ihering de la primera parte de El Espíritu del Derecho Romano y no el de sus obras posteriores, más difundidas y conocidas, el que mayor influencia ejerce sobre la evolución científica posterior, y sobre el desarrollo concreto de las disciplinas particulares. En Ihering, son ya evidentes los principios del positivismo científico en su versión jurídica, y su intento de articular los supuestos metodológicos de una ciencia formal del derecho. Frente a las explicaciones causales de las ciencias empíricas, Ihering propone de modo expreso la consideración de la noción de construcción como centro de las elaboraciones de la ciencia. Al mismo tiempo, el programa latente de la hermenéutica historicista se ve concretado, al quedar situada la teoría de la interpretación como una forma de jurisprudencia "inferior", destinada a proporcionar una idea del sentido de las normas ~~a partir de la cual la ciencia ejerce su función~~ específica. Con Ihering se cierra el ciclo fundacional del paradigma dogmático y se abren diversas líneas de desarrollo, coincidentes todas en una matriz disciplinal básicamente común.

QUINTA

El esfuerzo fundamental de la dogmática, desde Savigny a Kelsen, puede ser entendido como el intento de articular un saber capaz de dar cuenta de la naturaleza propia e intransferible de los datos que maneja, sin abandonar la pretensión de objetividad, certeza y acumulatividad propias del pensar axiomático generalizado en las ciencias empírico-lógicas. A partir de la dogmática, la ciencia jurídica se concibe a sí misma como investigación acerca de las posibilidades formales de su existencia y viabilidad como conocimiento. Como todo paradigma de ciencia normal, el de la dogmática propone una definición de los problemas básicos de la disciplina, una definición de sus presuposiciones semánticas elementales y el trazado de una línea rigurosa que separa lo que puede y no puede ser objeto legítimo de la investigación. Un paradigma implica una teoría fundamental y algunas aplicaciones ejemplares que permiten circunscribir el campo de la ciencia dentro de límites acotados y metódicamente controlables. El formalismo de la dogmática postula la aplicación de la idea de sistema a los problemas de la construcción jurídica, estableciendo términos primitivos, proposiciones de base, axiomas y teoremas de naturaleza diversa a la de los que se establecen en las ciencias empírico-lógicas, aunque dotadas de una función fundamental similar. Un conjunto de proposiciones bá

sicas -el derecho como ordenamiento normativo, la norma como mandato, monismo en la teoría de las fuentes, idea del ordenamiento como todo autónomo, hermético, completo y autosuficiente, separación entre interpretación y aplicación, etc.- son reconducibles, a su vez, a algunos axiomas centrales -distinciones entre ser y deber, hechos y valores, historia y sistema, materia y forma, etc.- que, apoyados a su vez en un conjunto de presuposiciones implícitas de carácter social, político, cultural o ideológico, suministran los fundamentos para la construcción del sistema. Un examen de la idea de "racionalidad del legislador" contribuyó a poner de manifiesto la índole y contenido de los axiomas y teoremas de base, en tanto que el análisis de los principales problemas debatidos en la teoría jurídica disponible -sistematización e inducción- puso de manifiesto un trasfondo de ambigüedades que dificulta la discusión, a la vez que la presencia siempre operante de las presuposiciones implícitas, como factores que condicionan de modo esencial las soluciones tradicionales.

SEXTA

El análisis del paradigma científico de la ~~dogmática~~ dogmática ~~centró su atención en el problema de las~~ condiciones de la verdad científica, utilizando para ello instrumentos proporcionados por la discusión acerca del método en las ciencias sociales. La

relación ciencia-poder, punto crucial de la idea moderna de ciencia, fue analizada a la luz de sus consecuencias para una sintomatología de la verdad en la ciencia jurídica. La determinación de los requisitos sintácticos, semánticos, epistemológicos y metodológicos que el paradigma de ciencia nominal impone a los resultados de la investigación, contribuyó a poner ratificar la noción de ciencia como conocimiento intersubjetivamente transmisible y racionalmente persuasivo acuñada por la teoría disponible. En este punto una nueva consideración del pensamiento de Savigny y Ihering permitió establecer nuevos paralelos entre la estrategia metodológica del positivismo científico en el ámbito jurídico y posiciones más generales en las demás ciencias sociales. El estudio de los principios de certeza y objetividad enfocó no solamente dos ámbitos de problemas básicos dentro del paradigma dogmático, sino también los puntos críticos de la posición dogmática entorno al problema de la decisión. Se verificó así que el supuesto filosófico central de la estrategia epistemológica de la dogmática es la distinción en términos de separación entre ser y deber y entre hechos y valores. Ello supone la consideración del derecho como hecho verificable y, en el ámbito particular de la ciencia, la marginación de todo intento de comprender el momento valorativo como legítimo para la atención de la ciencia. La evidencia de los lazos profundos entre la tradición del idealismo filosófico y el

relativismo ético en el ámbito jurídico, permitieron una delimitación de posiciones respecto a la teoría de la neutralidad valorativa tal cual se ha manifestado en las ciencias sociales a partir de Weber.

SEPTIMA

Con la consideración del problema de la decisión en la teoría disponible llegó la investigación a su objetivo principal. A partir de un análisis de las posiciones acerca de la neutralidad valorativa de la ciencia en Weber, Kelsen y Ross, se establecieron algunos de los puntos más importantes de la incidencia de la tradición del idealismo filosófico en la problemática jurídica. Quedó evidenciado así que, de acuerdo con el paradigma dogmático, la ciencia entiende agotar su cometido con la consideración de las alternativas teóricamente factibles para una decisión determinada. Esta, sin embargo, es el terreno propio de la voluntad, condenada a operar en un ámbito de motivaciones, intereses e impulsos irracionales. La cuestión de la verdad práctica se ve así desplazada al terreno de lo extracientífico, en clara línea de continuidad con el modelo sentado ya por ~~la hermenéutica de raíz historicista~~. La teoría de la norma fundamental y la teoría de la interpretación fueron criticadas de modo pormenorizado, manifestándose su carácter problemático y crítico

para la vigencia del esquema de la Teoría Pura. Los resultados de la investigación acerca de las posturas de Kelsen y Ross indicaron que, orientadas las mismas hacia la depuración y autonomización definitiva de la ciencia frente al resto de las ciencias humanas o los condicionamientos ideológicos, sus resultados distan de haber sido logrados. Con el desplazamiento de las cuestiones prácticas al exterior de la ciencia, la decisión queda condenada al irracionalismo. El estudio de las modernas tendencias en torno a la idea de un "uso alternativo" del derecho permitió verificar, por un lado, la continuidad profunda en los supuestos de base de orientaciones que se presentan como radicalmente críticas del saber establecido y, por otro, que el neopoliticismo jurídico no hace sino asumir el irracionalismo introducido en la teoría jurídica por el propio paradigma de la dogmática.

OCTAVA

La irrupción del irracionalismo y el decisionismo en la teoría jurídica representa el agotamiento de la lógica interna de la dogmática y la radicalización de sus ambigüedades y contradicciones de base. Cuestionada en sus fundamentos la posibilidad de la ciencia para suministrar criterios válidos para el obrar, la ciencia jurídica ve agravada su situación de aislamiento frente a la sociedad y frente al resto de las ciencias. Habida cuenta

del coste excesivo del ideal de una "ciencia unificada", neutral al valor y formalmente desentendida de las cuestiones prácticas, se renueva el interrogante acerca de sus posibilidades para estructurar una forma de saber capaz de garantizar, por un lado, la exactitud y el rigor prometidos por la tradición científica del positivismo y, por otro, la vinculación a los problemas efectivos de la convivencia humana. En tal sentido, se analizaron algunos de los puntos centrales de la actual tendencia hacia la "rehabilitación de la filosofía práctica" en la seguridad de que sólo a través de una asunción por parte de la ciencia de sus contenidos originarios es posible pensar en una superación de su situación presente. Se sostuvo así que la propia idea de progreso es inescindible de la idea de continuidad, toda vez que una ciencia no es otra cosa que una tradición de problemas y de enfoques destinados a resolverlos, siempre en función de circunstancias históricas y culturales diversas. La propia crisis de las presuposiciones implícitas -analizada en lo que a sus aspectos sociopolíticos se refiere- demostró que en la recuperación de su dimensión esencialmente práctica avizora la ciencia sus posibilidades más genuinas de innovación creadora.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AARNIO, A: On legal reasoning. Turku, 1977.

- Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung. Viena-N.York, 1979.
- On the paradigm of legal dogmatics. cit. Comunicación al IV Congreso de la IVR. Basilea, 1979.
- On the role played by social values in jurisprudence, en "Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland" (JFT), 1975/1. y On the ideological nature of legal reasoning, en Vernunft-Erkenntnis-Sittlichkeit (ed. P. - Schroder). Hamburg, 1979.

ACCATTATIS, V. FERRAJOL, L. y SENESE, S.: Por una Magistratura democrática, en IBÁÑEZ, P.A. (ed) Política, justicia en el Estado Capitalista. Barcelona, 1978.

AGAZZI, E.: Temas y problemas de filosofía de la física. -- Trad. J. Vidal. Barcelona, 1978.

ALEXI, R.: Theorie der Juristischen Argumentation. Frankfurt, 1978.

ALEJANDOR, J.Ma.: Gnoseología. Madrid, 1974

ALLORIO, E.: Comunicación al Congreso sobre el tema. La certezza del diritto dell' economia, 1956.

ALTHUSSER, L.: Escritos. Barcelona, 1974.

ANSHEN, R.: Freedom and science, en Freedom it's meaning. Nueva York, 1940

ARISTOTELES: Les Topiques. Paris, 1950. Trad. y nota de J. Tricot.

- Prior and Posterior analytics. (Ross, W.D.) Oxford, 1949,
- De Anima. Trad. Intr. y notas de R.D.Hisks. Cambridge, 1947.
- Ethique a Nicomache. Trad., intr. y notas de J. Voilquin. Paris, 1951

BARCELLONA, P.: L'uso alternativo del diritto. Bari, 1973

- La formación del jurista en BARCELLONA, P., HART, D. y MUCKENBERGER. La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica. Madrid, 1977.

BATTAGLIA, F.: L'interpretazione giuridica nella moderna - letteratura francesa, en RIFD (1929)

BATTIFFOL, H.: Problemes de base de philosophie du droit. Paris, 1979.

BELL, D.: Las contradicciones culturales del capitalismo. Madrid, 1977.

BETTI, E.: Diritto romano e dogmatica in odiern, en Archivio Giuridico, Vol. XCIC y C-4a. serie Vol. XV y XVI.

BELTRAN, M.: Ciencia y sociología. Madrid, 1979.

BLANCHE, R.: L'induction scientifique et les lois naturelles. Paris, 1975.

Le raisonnement. Paris, 1973.

BLANCK, M.: Inducción y probabilidad. Trad. P. Casañ. Madrid, 1979.

BLANKE, Th.: Interpretazione alternativa del diritto del lavoro, en BARCELLONA, P. (comp.) L'uso alternativo del diritto. Bari, 1973.

BLOCH, E.: Droit Naturel et dignité humaine. Paris, 1976.

BOBBIO, N.: Existe una doctrina marxista del Estado?

- Scienza del diritto e analisi del linguaggio, en Riv. Trim. de Diritto e Procedura Civile (1950), ahora en -- SCARPELLI, U. (ed.) Diritto e analisi del linguaggio. Milán, 1976.

- Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milán, 1972.

- Il positivismo giuridico. (Lecciones recogidas por N. Morra) Turín, 1979.

- Teoría de la ciencia jurídica. Milán, 1950.

- Le bon législateur, en le raisonnement juridique. Actas del Congreso mundial de filosofía del derecho y filosofía social. Bruselas, 1971.
- La certezza del diritto é un mito?, en RIFD, XXXVI, 1951.
- Qué socialismo?. Barcelona, 1977.

BONNECASE, J.: L'ecole de l'exégese en droit civil. Paris, 1924.

BUNGE, M.: Teoría y realidad, Trad. J. Sempere. Barcelona, 1975.

- La ciencia, su método y su filosofía. Buenos Aires, 1978.
- Creaitise on basic philosophie, Dodrecht - Boston, 1974. Volu men I, semantics 1; sense and reference, vol. II semantics II: interpretation truth.
- La filosofía de la física. Barcelona 1979.

BRAITHWAITE, R. B.: La explicación científica. Trad. V. Sánchez de Zavala. Madrid, 1965.

BRANCA, G.: Considerazioni sulla domatica romanistica in -- rapporto alla dommatica moderna, en Rivista Internazionale per le scienze giuridice. Vol. IV, fasc. 1/4 (1950).

BRECHT, A.: Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20 Jahrhundert. Tübingen, 1961.

BRUFAU, J.: La actitud metódica de Samuene Puffendorf. Madrid, 1978.

BRUNNER, O.: Nuevos caminos de la historia social y constitucional. Buenos Aires, 1976.

BRUNDSCHWIG, H.: Elightenment and Romanticism in Eighteenth Century. Prussia. Chicago 1974.

CAIANI, L.: I guidici de valore nell' interpretazione giuridica Padua, 1954.

CARRIO, G.: Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires 1976. cit.

CALSAMIGLIA, A.: Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona, 1977, cit.

CASSIRER, E.: Substance et fonction. Elements pour une théorie du concept. Trad. P. Causset. Paris, 1977.

CATTANEO, M.: Illuminismo e legislazione. Milán, 1966. cit.

CERRONI, U.: Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese, en Barcellona, P. (comp) L'uso alternativo del diritto. Bari, 1973.

- Existe una ciencia política marxista? cit. VVAA. El Marxismo y el Estado. Barcelona, 1977.

COHEN, M y NAGEL, E.: Introducción a la lógica y el método científico. Trad. Miquez. Buenos Aires, 1977.

COING, HA.: Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia. cit. Trad. R. Hartman y J.L. González. México, 1959.

CORSALE, M.: Certeza del diritto e crisi di legittimité. Milán, 1979.

- Il problema della certeza del diritto en Italia dopo il 1950. Publicado como epílogo a López de Oñate.

COVIELLO, N.: Doctrina general del derecho civil. México, 1938.

DE FRANCISCI, P.: Dommatica e storia nell'educazione giuridica. en RIFD fase IV (1923)

DE GIOVANNI, B.: Significato e limite del "reformismo giuridico"

DE LOS MOZOS, J.L.: Metodología y ciencia en el derecho privado moderno. Madrid, 1977.

DE RUGGIERO, R.: Instituciones del derecho civil. Madrid, 1938.

DEL VECCHIO, G.: Los principios generales del derecho. Trad. J. Ossorio Morales. Barcelona, 1979.

DIEZ PICAZO, L.: Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos). Madrid, 1979.

DROZ, J.: Le romantisme allemand e l'Etat. París, 1966.

DUFOUR, A.: Droit et langage dans l'Ecole Historique du Droit. en A.P.D., XIX. (1974).

- Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique. en A.P.D., 23 (1978). cit.

DU PASQUIER, C.: Introduction a la théorie générale et á la philosophie du droit. Neuchâtel, 1948.

DWORKIN, R.M.: No right answer? en HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (eds). Law morality and society. Essays in honour of H.L.A. Art. Oxford, 1977.

- Is law a system of rules? en DWORKIN (ed). The philosophy of law. cit. y en general. Taking rights seriously. Londres, 1977.

ELIAS DE TEJADA, F.: Tratado de Filosofía del derecho. Sevilla, 1977.

ENGEL-JANOSI, F.: The intellectual background of Savigny, en Seminar Catholic University of America, 1947.

ENGISCH, K.: La idea de concreación en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Trad. J.J. Gil Cremades. Pamplona, 1968.

ESSER, J.: Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. E. Valenti Fiol. Barcelona, 1961.

- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. - Frankfurt, 1972.

- Dogmatik Zwischen Theorie und Praxis, en GADAMER, H.G. y BOEHM, G. (eds.). Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften. Frankfurt, 1978.

FERRATER MORA, J.: Voz "Sistema" en Diccionario de Filosofía. Madrid, 1979.

FIKENTSCHER, W.: La concepción de la historia y del Sistema de Savigny. en ACFS, 18/19 (1978-1979).

- Methoden des Rechts in Vergleichen der Darstellung. Tübingen, 1976.

FIORAVANTI, M.: Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco. Milán, 1979.

FREUND, J.: La rationalisation du droit selon Max Weber, en APD, 23 (1978).

GADAMER, H.G.: Verdad y método. Trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito. Salamanca, 1977.

GARCIA FERRANDO, M.: Sobre el método. Problemas de Investigación empírica en sociología. Madrid 1979.

GARCIA PELAYO, M.: Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid, 1977.

GAVAZZI, G.: L'interpretazione giuridica en Hans Kelsen, en RIFD, 1957.

GENY, F.: Science et technique en droit privé positif. Paris, 1913.

GINER, S.: El progreso de la conciencia sociológica. Barcelona, 1974.

GIULIANI, R.: Imputation et justification, en APD, 22 (1977)

GOULDNER, A.W.: The coming crisis of Western sociology. Nueva York, 1970. Se utilizará la versión española de Buenos Aires, 1973.

GOMEZ ARBOLEDA, E.: Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna, en Estudios de teoría de la sociedad y del Estado. Madrid, 1962.

GONZALEZ VICEN, F.: El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo. Madrid, 1952, ahora en Estudios de filosofía del derecho. La Laguna, 1979, cit.

- Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo, en AFD, VIII (1961)
- La filosofía del derecho como concepto histórico, en AFD, IV. 1967.
- La Escuela Histórica del Derecho. en ACFS, 18/19 (1978-79).

- Sobre el positivismo jurídico, en Estudios de Filosofía del Derecho. cit.

GOULDNER, A.: La sociología actual: renovación y crítica. Trad. N. Miguez. Madrid, 1979.

- La crisis de la sociología occidental. Trad. N. Miguez. Buenos Aires, 1973. 1a. parte.

GRZEGORCZYK, Ch.: La rationalité de la décision juridique, en APD, 23 (1978).

GUSDORF, G.: L'événement des sciences humaines au siècle des lumieres. Paris, 1973.

- Les principes de la pensée au siècle des lumieres. Paris 1971.

HABERMAS, J.: Connaissance et interet. Trad. francesa de G. Cléménçon. Paris, 1976.

- Prassi política e teoria critica della società. Trad. italiana de Theorie und Praxis, a cargo de Gajano. Bolonia, 1973.
- Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Trad. J.C. Etcheverry. Buenos Aires, 1975.

HACKER, P.M.S. y RAZ, J.: (eds.) Law morality and society. Essays in honour of HART, H.L.A. Oxford, 1977.

HALEVY, F.: La jeunesse de Bentam. Paris, 1901.

HART, H.L.A.: Positivism and the separation of law an morals en DWORKIN R.M. (ed.) The philosophy of law. Oxford, 1977.

- Derecho y moral. Contribuciones a su análisis. Buenos -- Aires, 1962.

HENNIS, W.: Politik und praktische Philosophie, en su Politik und praktische Philosophie,

- Legitimität Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, en su Politik un proktische Philosophie. Schriften zur politeschen Theorie. Stuttgart, 1977.

HERNANDEZ GIL, A. CIENFUEGOS, A.: El estatuto científico de la construcción jurídica en Ihering, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho, cit.

- Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid, 1976.
- Metodología de la ciencia del Derecho. Madrid, 1971.
- La noción de sistema en Savigny, en SQUELLA, A (ed) Savigny y la ciencia del derecho, cit.

HORIA, V.: Introducción a la literatura del siglo XX. Ensayo de epistemología literaria. Madrid, 1976.

HUSSERL, E.: La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendentale. Paris, 1976.

HOFFE, O.: Estrategias de lo humano. Trad. E. Garzón V. Buenos Aires, 1979.

IHERING, R.: L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement. Trad. francesa de O. de Meulenaere, con autorización del autor sobre la base de la 3a. edición de Paris, 1886-1888. Se utilizará la copia anastática de Foni Editore. Bolonia, 1969.

IBAÑEZ, P.A.: Sobre el uso alternativo del derecho. Valencia, 1978.

JACOB, P.: (ed) De Vienne a Cambridge. L'heritage du positivisme logique de 1950 a nos jours. Paris, 1980.

JANIK, A y TOULMIN, S.: La Viena de Wittgenstein. Madrid, 1974.

JORI, M.: Il metodo giuridico tra scienza e politica, Milán, 1976.

- Definizioni e livelli di discorso giuridico, en BELBEDERE, A JORI, M y LANTELLA, M. Definizioni giuridiche e ideologie. Milán, 1979.

KALINOWSKI, G.: Querelle de la science normative, Paris, - 1969.

- La filosofía positivista. Ciencia y Filosofía. Trad. G. Rufiz Ramón. Madrid, 1979.

- La logique des normes. Paris, 1972

KAUFMANN, A.: Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges. Frankfurt, 1972.

KAUFMANN, A y HASSEMER, W (eds): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

KELSEN, H.: Théorie Pure du Droit. Neuchâtel, 1934. Se ha utilizado la traducción castellana de M. Nilve. Buenos Aires 1974.

- Reine Rechtslehre. Viena, 1960
- Teoría General del Estado. Trad. L. Legaz. México, 1979.
- Professor Stone and the Pure Theory of Law. en Stanford Law Review, 17 (1965), ahora en Contribuciones a la teoría pura del derecho. Trad. I.W. de Ortiz y J. Bacqué. Buenos Aires, 1969.
- Fine Realistische und die Reine Rechtslehre (Bewerkgungen zu Alf. Ross "On Law and justice") en Österreich Zeitschrift für öffentliches Richt. X,1 (1959).
- Forma de estado y filosofía, en Esencia y valor de la democracia. Trad. L. Luengo y L. Legaz. Barcelona, 1934.
- Prólogo a la ed. española de El Método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. Trad. L. Legas. Madrid, 1933.
- Law and logic, en "Essays in legal and moral philosophy" Dodrech. Boston, 1973.
- Compendio de Teoría General de Estado. Trad. L. Recasens y J. de Azcárate. Barcelona, 1979.

KLUG, V.: Lógica jurídica. Trad. J.D. García Bacca. Caracas, 1961.

KUHN, Th.: La Estructura de las revoluciones científicas. Trad. A. Contin. México, 1977.

- La función del dogma en la investigación científica. Valencia, 1979.

LARENZ, K.: Metodología de la ciencia del derecho. trad. E. Ginbernat. Barcelona 1966.

LAZZARO, G.: Storia e teoria della costruzione giuridica. Turín, 1965.

LEGAZ LACAMBRA, L.: Filosofía del derecho. Barcelona, 1975.

- Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica, en AED, XVIII (1975).

LOMBARDI VALLAURI, L.: Saggio sul diritto giurisprudenziale. Milán, 1975.

LOPEZ DE OÑATE, F.: La certeza del diritto. Milán, 1968.

LOZANO, M.: Sistema e struttura nel diritto dalle origini alla scuola storica. Turín, 1968.

LEVI, A.: Pandettistica, dogmatica moderna e filosofía del diritto, en RIFD, fasc. II, 1930.

LUHNAN, N.: Stato de diritto e sistema sociale. Trad. italiana de F. Spalla. Nápoles, 1978.

- Sociologia del diritto, Bari, 1977

MAGGIORE, G.: La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, en RIFD, fasc. III, 1926.

MANGABEIRA UNGER, R.: O direito na sociedade moderna. Contribuição a crítica da teoria social. Rio de Janeiro, 1979.

MANICK, A.: Savigny und der Modernismus in der Rechtsmission. Berlin 1914.

MARINI, G.: Savigny e il metodo della scienza giuridica. Milán, 1966.

- L'opera di Gustavo Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco. Milán, 1969.

MASSINI, C.I.: Sobre justicia y marxismo, en Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, Mendoza, 24 (1978)

- Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico jurídico de K. Marx. Buenos Aires, 1976.

MATEUCCI, N.: Positivismo giuridico e costituzionalismo, en Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile. (1963).

MATZ, U.: Politik und Gewalt. Zur Theorie des demokratischen Verfassungsstaates und der Revolution. Friburgo-Munich, 1975.

MEINECKE, F.: El historicismo y su génesis. Trad. J. Migarro y T. Muñoz. México, 1943.

MEOTTI, A.: (ed) L'induzione e l'ordine dell'universo. Milán, 1978.

MERTON, R.K.: La ciencia y el orden social, en Sociología de la ciencia. Madrid, 1977.

MESSINEO, F.: Manuale di diritto civile e commerciale. Milán, 1947.

METALL, R.: HANS Kelsen y su escuela vienesa de la teoría del derecho, incluido SQUELLA, A (ed) Hans Kelsen (1881-1973). Estudios y ensayos en su homenaje. Valparaíso 1974.

MIAILLE, M.: L'Etat du Droit. Grenoble, 1978.

MILLAS, J.: Ihering y la idea de la ciencia del derecho, en SQUELLA, A (ed) Ihering y la lucha por el derecho.

MUGUERZA, J.: La razón sin esperanza. Madrid, 1977.

NINO, C.S.: Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México, 1974.

- Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires, 1980.

NISBERT, R.: La Sociología como forma de arte. Trad. C. Luca de Tena. Madrid, 1979.

- La Formación del Pensamiento Sociológico. Trad. C. Molina de Vedia. Buenos Aires, 1969.

NOWAK, L.: De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique, en Logique et Analyse, 45. (1969).

NUÑEZ LADEVEZZE, L.: Lenguaje jurídico y ciencia social. Madrid, 1977.

NEUMANN, U.: Formalisierung und Axiomatisierung von Rechtssätzen, en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W (eds.). Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

ONG, W.J.: System space and intellect in Renaissance Symbolism. Ginebra, 1956.

ORESTANO, F.: Introduzione allo studio storico del diritto romano. Turin, 1963.

- Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e Storia. Bologna, 1978.

- Voz "Formalismo giuridico", en Enciclopedia Italiana.

OTT, W.: Der Rechtspositivismus Kritische Würdigung auf der Grundlage eines Juristischen Pragmatismus. Berlin, 1976.

PAGANO, A.: I criteri differenziali della filosofia del diritto e della dogmatica giuridica, en RIFD IV (1926).

PALACIOS, E.: Prólogo a GILSON. El realismo metódico. Madrid, 1974.

PARADISI, B.: Apología della Storia giuridica. Bologna, 1973.

PARESCHE, E.: La dinámica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto. Milán 1975.

PASINI, D.: Saggio sul Ihering" Trad. Madrid, 1952.

PASUKANIS, E.: Teoría General del Derecho y Marxismo. Bruselas, 1976.

PATTARO, E.: Filosofía del derecho. Derecho y ciencia jurídica. Trad. J. Iturmendi Morales, Madrid, 1980.

PECZENIK, A.: On the nature and function of the Grundriss, en VVAA. Argumentation in legal science, cit.

PIEPER, W.: El descubrimiento de la realidad. Madrid, 1974

POULANTZAS, N.: Estado, Poder y Socialismo, Madrid, 1979.

- El problema del Estado capitalista, en Sobre el Estado capitalista. Barcelona, 1977.

RADBRUCH, G.: Filosofía del derecho. Madrid, 1952.

RECASENS SICHES, L.: Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México, 1956.

RIEDEL, M.: Hegel fra tradizione e rivoluzione. Bari, 1975.

- Metafísica y metapolítica. Trad. Buenos Aires, 1976.

RIPERT, G.: Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1948.

ROUSSEAU, J. J.: Du contrat Social, en Oeuvres Completes. Ed. Seul. Paris, 1971, II.

RODOTA, S. ed: Il diritto privato nella società moderna. (Ed. S. Rodota. Boloña, 1971.

ROSS, A.: Sobre el derecho y la justicia. Ed. Carrió. Buenos Aires, 1963.

- On law and justice. London, 1958.

ROSSI, P.: Introducción a Weber, M.: Ensayos de metodología sociológica. Buenos Aires, 1973.

SAAVEDRA, N.: Interpretación jurídica del uso alternativo del derecho en, LOPEZ CALERA, N; SAAVEDRA LOPEZ, N; IBÁÑEZ, P.A. Sobre el uso alternativo del derecho. Valencia, 1978.

SAVIGNY, F.C.: Sistema del derecho romano actual. Trad. J. Mesía, J.J. Poley. Madrid. S/F.

- Juristische Methodenlehre nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm. Stuttgart, 1951. Se utilizará la traducción española de J.J. Santa Pinter. Buenos Aires, 1979.

- Recensión del libro de M. Th. Gönner sobre Legislación y Jurisprudencia en nuestro tiempo. Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica, en la Escuela Histórica del Derecho. Cit. Documento para su estudio. Trad. R. Atard. Madrid, 1908.

SCARPELLI, U.: Il método giuridico, en Rev. de Diritto Processuale, 1971.

- (Ed.) Diritto e analisi del linguaggio. Milán, 1976
- Cos e il positivismo giuridico. Milán, 1965.

SCHANCE, H.: Retórica. Contribuciones sobre su historia en Alemania. Siglos XVI a XIX. Trad. A. Rodríguez de Francisco. Buenos Aires, 1976.

- Romanticismo y retórica. Componentes retóricos en los programas literarios hacia 1800.

SCHENEIDER, G.: Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historicismus, en ARSP. Nº VII 1/2 (1972).

SCHILD, W.: Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie, en ACFS 18/19. (1978/1979).

SCHLEIERMACHER, F.: Monólogos. Trad. R. Castilla. Buenos Aires, 1974.

SENESE, S.: Aparato judicial y lógico del sistema en VV.AP: Política y justicia en el Estado capitalista en (P.A. Ibañez ed). Barcelona, 1978.

SIPERMAN, A.: Ihering, en SQUELLA, A (ed.) Ihering y la lucha por el derecho.

STONE, J.: Legal system and lawyers Reasoning. Stanford, 1964.

- The province and function of law. Law as logic, justice, and social control. A study in jurisprudence. Sidney, 1946.

STRASSER, C.: La razón científica en política y en sociología, cit.

STROMHOLM: Sviluppo storico dell'idea di sistema, en RIFD. fas. III (1975) cit.

STUCKA, P.: La función revolucionaria del derecho y el Estado. Barcelona, 1974.

SQUELLA, A.: (ed.)

- Savigny y la ciencia del Derecho. Valparaíso, 1979.
- Ihering y la lucha por el derecho. Valparaíso, 1976-77.
- Hans Kelsen (1881-1973) Estudios y ensayos en su homenaje. Valparaíso, 1974.
- Derecho, desobediencia y justicia. Valparaíso, 1977.

SUPPE, F.: La estructura de las teorías científicas. Madrid, 1979.

SWINBURNE, R.: (ed): La justificación del razonamiento inductivo. Trad. E. Pérez Sedeño. Madrid, 1976.

TARELLO, G.: Orientamenti analitico linguistici e Teoria della interpretazione, recogido en Diritto, enunciati, usi.

- Storia della cultura giuridica moderna. Bolonia, 1976.
- Voz "Formalismo en Novissimo Digesto Italiano, cit por BOBBIO, N.
- Diritto enunciati, usi. Bolonia, 1974.

THIBAUT, SAVIGNY: Le codificación. Trad. J. Díaz García. Madrid, 1970.

THOMAN, M.: Histoire et ideologie juridique au XVIII siècle ou, "le droit prisonnier des mots", en APD (1974).

TOMAS DE AQUINO

- Suma Theológica. Texto, trad. y anotaciones de Padres Dominicos presidida por F. BARBADO VIEJO, OP. Intr. General de S. Ramírez, O.P.:
- Quaestiones Quodlibetales, ed. R. Spiazzi. OP. Roma, Marietti, 1956.

TROELTSCH, E.: El protestantismo y el mundo moderno. México 1967.

TOULMIN, S.: Foresight and understanding. Londres, 1961.

- La comprensión humana. Vol. I. El uso colectivo de los conceptos. Madrid, 1978.

- La distinción entre ciencia normal y ciencia revolucionaria, ¿resiste un examen? en VV.AA. la crítica y el Desarrollo del conocimiento, cit.

URDANOZ, T.: Historia de la Filosofía. Madrid, 1975

URSO, M. VIOLA, F.: VILLA, V.: Interpretazione e applicazione del diritto scienza e politica, Palermo, 1974.

VAUET DE GOYTISOLO, J.: La jurisprudencia y su relación con la teoría en la concepción de Gianbattista Vico. Madrid, 1976.

- Derecho y sociedad de masas. Madrid, 1968.
- Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros, en Estudios sobre derecho de cosas. Madrid, 1973.

VERNENGO, R.J.: La naturaleza del conocimiento jurídico. Buenos Aires, 1973.

VIEHWEG, Th.: Que veut on dire par positivisme juridique, en A.P.D. (1965).

VILLA, V.:

VILLEY, M.: Prefacio en APD XVII (1972).

- Critique de la pensée juridique moderne, (Douce Autres Essais) Paris, 1976.
- Philosophie du droit. Vol. II. Les rayons du droit. Paris 1979.
- La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science juridique, en critique de la pensée juridique moderne.
- De l'indicatif dans le droit, en APD, XIX (1974).
- VIOLA, F.: H. Kelsen e l'interpretazione delle norme, en VILLA, V. URSO, M.: Interpretazione e applicazione del diritto the scienza e politiche. Palermo, 1974.
- Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge. Palermo, 1975.
- Ideología e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana en VIOLA, F.; VILLA, V.; y URSO, M. Op. Cit.

VOLPE, G.: Ingiustizia delle leggi. Studi sul modelli di giustizia costituzionale. Milán, 1977.

VON WRIGTH, G.H.: Explicación y comprensión. Trad. L. Vega Reñón. Madrid, 1979.

WALINE, M.: Positivismo Philosophique, juridique es sociologique, en Mélanges Carré de Malberg. Paris, 1933.

WALTER, R.: El estado actual en la teoría pura del derecho, en SQUELLA, A. (ed.).

WEBER, M.: La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Trad. L. Legaz. Barcelona, 1969.

- Economía y Sociedad. Trad. Medina Echavarría y otros. México, 1977.
- La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y la política social, en Ensayos sobre metodología sociológica, cit. Buenos Aires, 1973.
- La ciencia como vocación, en El político y el científico, Madrid, 1975.
- El sentido de la "neutralidad valorativa" en las ciencias sociológicas y económicas, en Ensayos sobre metodología sociológica. cit.

WELLMER, A.: Teoría crítica de la sociedad y positivismo. Barcelona, 1979.

WESENBERG, G.: Neuere Deutsche Privatrechts geschichte in Rahmen der Europäischen Rectsenwicklung. Lahr-Schwarzwald, 1969.

WIEACKER, F.: Historia del derecho privado en la Edad Moderna. Trad. F. Fernández Jaidón. Madrid, 1957.

WILHELM, W.: Metodología giurídica nel secolo XIX. Milán 1974.

WINDSCHEID, B.: Diritto delle Pandette. Trad. C. Fadda y p.E. Bensa. Turín, 1930.

WOLF, E.: Rudolf von Ihering, en SQUELLA, A. (ed.) Ihering y la lucha por el derecho, cit.

WOLIN, S.: Política y perspectiva. Continuidad y símbolo en el pensamiento político occidental. Trad. A. Bignami, Buenos Aires, 1973.

ZIEMBINSKI, Z.: La Notion de Rationalité du Legislateur, en APD, 23 (1978).

ZULETA PUCEIRO, E.: Que significa para nosotros Ihering. El "Espíritu del Derecho Romano" y la dogmática moderna, en Squella, A (ed.) Ihering y la lucha por el derecho. RCS, 10/11 (1976-77)

- Savigny y la teoría de la ciencia jurídica, AFD.
- Razón práctica e interpretación. Ponencia en el Seminario de Profesores del Departamento de Filosofía Jurídica y Derecho Natural, leída el 21/3/80 (en prensa).
- Razón y codificación, en Anuario de Derecho Civil. 1977.
- Savigny y la teoría moderna de la interpretación, ACFS.
- Droit et Politique. Comunicación al IV Congreso Int. de la IVR. Basilea, 1979 (en prensa).
- Dimensiones prácticas del saber jurídico, en Ethos, 2-3. 1974-75.
- Hermenéutica jurídica e historicismo, en SQUELLA (id.) Savigny y la Ciencia del Derecho. RCS, 14 (1979)
- Los factores políticos en la interpretación del derecho en J.A., 5049 (1978).
- Sobre la función política del jurista-intérprete, en RCS, 15 (1979)
- Marxismo y neopoliticismo jurídico, en Verbo, Madrid, 183-184. (1980).

REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS CITADAS

- ACFS: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. Edit. por la Cátedra Francisco Suarez y - el Dpto. de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.
- AFD: Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid. Edit. por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- APO: Archives de Philosophie du Droit. Paris. Edit. por Ediciones Sirey.
- ARSP: Archive Für Rechts- und Sozialphilosophie. - Wiesbaden. Edit. por la JUR (Internationalen Vereinigung Für Recht- und Sozialphilosophie) y Franz Steiner Verlag.
- JA: Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires. Edit. por Editorial Jurisprudencia Argentina.
- RCS: Revista de Ciencias Sociales. Valparaíso. Edit. por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile. -- (Valparaíso).
- RIFD: Rivista Internazionale du Filosofia del Diritto. Milán. Edit. por Ediciones Giuffrè.
- VV.AA. Argumentation in legal science. Comunicaciones al Simposio del mismo nombre convocado por la Finnish Society For Legal Philosophy. Helsinki. 1979.
- VV.AA. La crise de l'Etat. Paris, 1976.
- VV.AA. Le raisonnement juridique. Actos del Congreso Mundial de la IVR. Bruselas, 1971.